



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

El tratamiento jurídico de la filiación en el seno de las parejas homoparentales

Ricardo de la Rosa Fernández

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Civil

EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA FILIACIÓN EN EL SENO DE LAS PAREJAS HOMOPARENTALES

Director: Dr. Carlos Villagrasa Alcaide

RICARDO DE LA ROSA FERNÁNDEZ

BARCELONA, 2017

DEDICATORIA: a mis padres, Manuel y María Gracia;
a mis hermanos; a mis sobrinos
y a Juan

SUMARIO

RESUMEN	13
RESUM	14
ABSTRACT	15
INTRODUCCIÓN	17
1.- APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL DERECHO DE FILIACIÓN, AL DERECHO DE FAMILIA Y AL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA HOMOSEXUALIDAD, TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1978	21
1.1. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA HOMOSEXUALIDAD, TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1978 Y LA INCIDENCIA DEL DERECHO EUROPEO	40
1.2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA HOMOPARENTALIDAD	66
2.- EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LAS RELACIONES DE PAREJA HOMOPARENTALES	71
2.1. LA PAREJA ESTABLE / PAREJA DE HECHO	72
2.1.1. EVOLUCIÓN	72
2.1.2. REGULACIÓN POSITIVA.....	116
2.1.2.1 Contenido de la pareja estable	129
2.1.2.2. Requisitos personales de su constitución:	136
2.1.2.3 Forma de constitución y acreditación de la relación de pareja estable.....	138
2.1.2.4. Regulación de la convivencia de sus miembros, derecho de alimentos; efectos personales	145

2.1.2.5. Previsiones establecidas respecto de los hijos, el derecho de adopción y acogimiento de menores en el ámbito de las parejas estables	148
2.1.2.6. Previsiones y limitaciones sobre la vivienda de la pareja estable	150
2.1.2.7. Causas y efectos de la extinción de la relación de pareja.....	154
2.1.2.8. Posibles derechos hereditarios de la pareja estable	161
2.1.2.9. La pareja estable y la aplicación del derecho público	162
2.1.3 PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA” ANTE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PAREJAS ESTABLES.....	166
2.2. EL DERECHO AL MATRIMONIO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO	173
2.2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	173
2.2.1.1. Sistema matrimonial anterior a 1870.....	175
2.2.1.2. Sistema de matrimonio civil obligatorio, tras la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870	178
2.2.1.3. Sistema de matrimonio civil subsidiario, según Decreto de 9 de febrero de 1875	182
2.2.1.4. Sistema de matrimonio civil obligatorio durante la Segunda República....	186
2.2.1.5. Restablecimiento del régimen de matrimonio civil subsidiario (1938-1967). El matrimonio civil en régimen de libertad religiosa, tras la <i>Ley sobre libertad religiosa de 28 de junio de 1967</i>	188
2.2.1.6. El sistema de matrimonio civil facultativo en el sistema constitucional de 1978.....	199
2.2.1.6.1. <i>El matrimonio civil:</i>	204
2.2.1.6.2. <i>El matrimonio canónico:</i>	204
2.2.1.6.3. <i>Matrimonio religioso no canónico:</i>	207
2.2.2. REGULACIÓN POSITIVA ESPAÑOLA.....	211
2.2.2.1. Naturaleza legal del matrimonio. El derecho a contraer matrimonio.....	213
2.2.2.2. Los requisitos para contraer matrimonio	215
2.2.2.3. El expediente matrimonial.....	220
2.2.2.4. Celebración del matrimonio. El consentimiento matrimonial.....	225
2.2.2.5. El matrimonio secreto.....	233
2.2.2.6. El matrimonio celebrado mediante representante	234
2.2.2.7. Matrimonio celebrado en el extranjero.....	235

2.2.2.8. Eficacia y efectos del matrimonio	236
2.2.2.9. Deberes conyugales	241
2.2.2.10. Matrimonio y ciudadanía.....	244
2.2.2.11. La nulidad matrimonial	244
2.2.2.12. La separación conyugal	246
2.2.2.13. Las causas de disolución del matrimonio	251
2.2.2.14. La defensa de la igualdad, ante las crisis matrimoniales concurrentes con episodios de violencia de género	256
2.2.2.14.1 <i>La orden de protección:</i>	259
2.2.2.14.2 <i>La orden de alejamiento:</i>	264
2.2.2.14.3 <i>Detención (artículos 13 y 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).</i>	266
2.2.2.14.4 <i>Prisión provisional (artículos 502 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).</i>	266
2.2.2.14.5 <i>Suspensión del derecho a la tenencia y uso de armas (artículo 67 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).</i>	266
2.2.2.14.6 <i>Medidas cautelares Civiles en el proceso de violencia sobre la mujer.</i>	266
2.2.2.14.6.1 <i>Suspensión de la patria potestad</i>	267
2.2.2.14.6.2 <i>Suspensión del régimen de visitas</i>	267
2.2.2.14.6.3 <i>Prestación de alimentos</i>	268
2.2.2.14.6.4 <i>Arrendamiento y permuta de la vivienda</i>	268
2.2.2.14.6.5 <i>Medidas asistenciales o sociales</i>	268
2.2.2.14.6.6 <i>Medidas anexas a las anteriores</i>	269
2.2.2.14.6.7 <i>El eventual quebrantamiento de las medidas cautelares, por parte del investigado</i>	269
2.2.3. EL DEBATE EN TORNO A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO HOMOPARENTAL EN ESPAÑA	272
2.2.3.1. El derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual y el derecho a contraer matrimonio	279
2.2.3.2. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio	283
2.2.3.3. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Popular.....	288

2.2.3.4. La Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre: constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio	291
2.2.3.5. Punto de vista constitucional del matrimonio igualitario en otros países... 301	
2.2.4. LA POSIBILIDAD DEL MATRIMONIO RELIGIOSO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO	305
2.2.5. CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA” EN TORNO A LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO DE PAREJAS HOMOSEXUALES	316
3. LA FILIACIÓN EN EL SENO DE LAS PAREJAS HOMOPARENTALES.....	323
3.1. LA PERSPECTIVA LEGAL DE FILIACIÓN POR NATURALEZA EN LAS PAREJAS ESTABLES Y MATRIMONIALES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO	328
3.1.1. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.....	329
3.1.2. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL.....	337
3.1.3. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN RESPECTO DE MATRIMONIOS O PAREJAS ESTABLES DE PERSONAS HOMOSEXUALES: CONCLUSIONES A MODO DE CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y PROPUESTA DE “LEGE FERENDA”	348
3.2.- ESPECIAL CONSIDERACIÓN SOBRE LA ADOPCIÓN. INCIDENCIA DE LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE MENORES: EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y LA GUARDA CON FINES ADOPTIVOS	354
3.2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	355
3.2.2. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO Y LA TUTELA ADMINISTRATIVA	362
3.2.3. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR	367
3.2.4. LA ADOPCIÓN POR PARTE DE PAREJAS ESTABLES O MATRIMONIALES DE PERSONAS HOMOSEXUALES	375
3.2.4.1. Requisitos subjetivos para constituir la adopción.....	376
3.2.4.2. El proceso de adopción.....	379
3.2.4.2.1. <i>Cuestiones administrativas: informe de idoneidad</i>	379
3.2.4.2.2. <i>Procedimiento judicial</i>	382
3.2.4.2.3. <i>La delegación de guarda con fines de adopción</i>	386
3.2.4.2.4. <i>La exclusión de la adopción</i>	388

3.2.4.3. La adopción internacional	390
3.2.4.4. Aspectos concretos del proceso de adopción en el caso de parejas homoparentales.....	400
3.2.4.4.1. <i>La viabilidad jurídica de la filiación por adopción de parejas homoparentales.....</i>	<i>401</i>
3.2.4.4.2. <i>La declaración de idoneidad de persona o personas homosexuales para adoptar.....</i>	<i>405</i>
3.2.4.4.3. <i>Situaciones de obstrucción en los procesos de adopción en las parejas homoparentales.....</i>	<i>415</i>
3.2.5. CONCLUSIONES A MODO DE CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA RESPECTO DE LA FILIACIÓN ADOPTIVA DE FAMILIAS HOMOPARENTALES.....	419
3.3.- LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA FILIACIÓN DE PAREJAS HOMOPARENTALES: CUESTIONES JURÍDICAS DE INTERÉS ACTUAL	423
3.3.1. EL AVANCE DEL ESTADO DE LAS CIENCIAS REPRODUCTIVAS. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN ANTE EL EMPLEO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	428
3.3.2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CONCEPTO	434
3.3.2.1. La gestación por sustitución o maternidad subrogada en Derecho español: problemas éticos al respecto	437
3.3.2.2. Necesidad/demanda social de la cuestión.....	441
3.3.2.3. Posición que mantiene el ordenamiento español.....	443
3.3.2.4. Soluciones brindadas en otros ordenamientos jurídicos.....	449
3.3.3. REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	456
3.3.3.1. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	456
3.3.3.2. La prohibición legal de la maternidad subrogada o vientres de alquiler, según el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: el contrato de gestación por sustitución. Supuestos que se contemplan.	458
3.3.3.2.1. <i>Naturaleza del contrato de gestación por sustitución y la renuncia a la maternidad de la madre gestante: la nulidad del contrato.....</i>	<i>461</i>
3.3.4.2.2. <i>Sanción legal de la gestación por sustitución: determinación de la filiación por el parto, efectos añadidos al incumplimiento del artículo 10 de la</i>	<i>461</i>

<i>Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y consecuencias para el hijo concebido y nacido.</i>	466
3.3.3.3 <i>La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 18 de febrero de 2009 y consecuencias posteriores.</i>	473
3.3.3.4. <i>La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.</i>	487
3.3.3.5. <i>La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, la incidencia de los Casos Mennesson y Labasse c. Francia en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 26 de junio de 2014, y el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015.</i>	490
3.3.3.5.1. <i>La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014.</i>	494
3.3.3.5.2. <i>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 26 de junio de 2014, Casos Mennesson y Labasse c. Francia.</i>	504
3.3.3.5.3. <i>Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015.</i>	507
3.3.4. PERSPECTIVA DE FUTURO: BASES PARA UNA EVENTUAL REGULACIÓN PERMISIVA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA: UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA.	516
CONCLUSIONES.	525
I.- <i>Homosexualidad, homoparentalidad e igualdad.</i>	525
II.- <i>Homofobia social arraigada.</i>	526
III.- <i>Familia e igualdad.</i>	527
IV.- <i>Familias desiguales.</i>	528
V.- <i>La igualdad y no discriminación en las parejas estables o matrimoniales: el matrimonio como verdadero epicentro jurídico de la familia; desigualdad territorial.</i>	530
VI.- <i>Mantenimiento de la desigualdad de trato de las parejas estables.</i>	531
VII.- <i>El matrimonio homoparental en sus diversas formas: la concepción heterosexual del matrimonio en España.</i>	533
VIII.- <i>Los olvidos del legislador al regular el matrimonio igualitario.</i>	534
IX.- <i>Necesaria reformulación de las diferentes categorías de filiación: por naturaleza, por adopción y por técnicas de reproducción humana asistida ...</i>	535
X.- <i>Filiación admitida y filiación tolerada en las parejas homoparentales. ...</i>	538

XI.- *La filiación adoptiva homoparental en un entorno internacional hostil.. 539*

BIBLIOGRAFÍA..... 541

RESUMEN

El ordenamiento jurídico español ha tenido que poner al día con urgencia buena parte de sus instituciones desde la aprobación en 1978 de la vigente Constitución. El Texto constitucional cimentaba un futuro que partía de un catálogo de derechos fundamentales, vinculados a su vez a dos Tratados internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado son realmente los ejes que vertebran el presente estudio, pues para hacer mención a las parejas homoparentales y también a sus derechos, es obligado tenerlos como punto de partida. Es obligado, ya que el antecedente jurídico del tratamiento de la homosexualidad y, por ende, de las personas homosexuales, fue la represión, la punición y en algunos casos, la eliminación física del homosexual, al que se ha ido considerando hereje, delincuente, persona marginal y peligrosa mero enfermo psiquiátrico.

Desde finales de los años sesenta del siglo XX, el activismo de personas lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (LGTBI) partió de la reivindicación de la no discriminación. Finalmente, se obtuvo el reconocimiento de los llamados *nuevos modelos de familia*, encarnados en las parejas estables y posteriormente matrimoniales de las personas LGTBI, incidiendo así en la institución jurídica resultante de la relación de pareja entre dos personas: la filiación.

En la actualidad, el ordenamiento ofrece cauces a las parejas homoparentales para la consecución de un núcleo que contenga descendientes. No obstante, esta tesis pretende poner de manifiesto que estos caminos legales son mucho más complicados que los ofrecidos a las parejas heterosexuales y propone vías de solución a una situación que es claramente injusta y discriminatoria para las parejas homoparentales.

RESUM

L'ordenament jurídic espanyol ha hagut de posar al dia amb urgència bona part de les seves institucions des de l'aprovació l'any 1978 de la vigent Constitució. El Text constitucional fonamentava un futur que partia d'un catàleg de drets fonamentals, vinculats alhora a dos Tractats internacionals: la Declaració Universal de Drets Humans de Nacions Unides i el Conveni de Roma per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals.

El lliure desenvolupament de la personalitat, el dret a la igualtat i el dret a no ser discriminat són realment els eixos que vertebraren el present estudi, ja que per tal de fer esment de les parelles homoparentals i també els seus drets, és obligat tenir-los com a punt de partida. És obligat, ja que l'antecedent jurídic del tractament de l'homosexualitat i, per extensió, de les persones homosexuals, va ser la repressió, la punició i, en alguns casos, l'eliminació física de l'homosexual, al qual se l'ha anat considerant un heretge, un delinqüent, una persona marginal i perillosa, o merament un malalt psiquiàtric.

Des de finals dels anys setanta del segle XX, l'activisme de persones lesbianes, gais, transsexuals, bisexuals i intersexuals (LGTBI) va partir de la reivindicació de la no discriminació. Finalment, es va obtenir el reconeixement dels anomenats *nous models de família*, encarnats en les parelles estables i posteriorment matrimonials de les persones LGTBI, tot incidint així en la institució jurídica resultant de la relació de parella entre dues persones: la filiació.

Actualment, l'ordenament ofereix camins a les parelles homoparentals per a la consecució d'un nucli que hi contingui descendents. No obstant, aquesta tesi pretén fer palès que aquestes dreceres legals són molt més complicades que les que s'ofereixen a les parelles heterosexuals, tot proposant vies de solució a una situació que és clarament injusta i discriminatòria per a les parelles homoparentals.

ABSTRACT

The Spanish legal system had to update a great part of its institutions urgently, since 1978, when the current Constitution was approved. The constitutional text based a future starting from a human rights list linked to two main international Treaties: the United Nations Universal Declaration of Human Rights and the Rome Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

The free development of personality and the right to equality and non-discrimination are the focus of this study, because when speaking about homoparental couples and their rights, it is necessary to consider them as a starting point. It is so because the previous legal treatment of homosexuality and homosexual people was based on the repression, punishment and, in some cases, even the physical elimination of the homosexual person, who was considered a heretic, criminal, marginal and dangerous person, or a psychiatric patient.

Since the latest sixties of the 20th century, activism of lesbian, gay, transsexual, bisexual and intersex people (LGTBI) began with the claim of non-discrimination, which eventually led to the recognition of the so-called *new family models*, exemplified in gay or lesbian couple relationship and later, gay or lesbian marriages, and the following achievement of the legal institution resulting from the relationship between two people: filiation.

Nowadays, the legal system provides ways for homoparental couples to achieve a nuclear family with offspring. However, this thesis aims to show that these legal paths are much more complicated than those offered to heterosexual couples, proposing ways to solve a situation that is clearly unfair and discriminatory for homoparental couples.

INTRODUCCIÓN

La principal base histórica de nuestro sistema jurídico, el Derecho romano, recogió en las primeras líneas del Digesto justiniano las máximas básicas del Derecho: *La justicia es la constante y firme voluntad que da a cada uno lo suyo*¹, así como que *Los preceptos del derecho son éstos: vivir honestamente, no causar daño a otro y dar a cada uno lo suyo*²

A la hora de tratar la institución jurídica de la filiación, es sin duda necesario considerar qué debe darse a cada uno de los que intervienen en ella mediante este instituto y, a la vez, garantizar precisamente que con la regulación que se ofrezca, sus actores serán capaces de vivir honestamente, no se verán perjudicados y tendrán por ello, mediante la regulación jurídica que brinda la filiación una base de justicia, igualdad y no discriminación, que garantice que todo ser humano queda protegido por el mero hecho de existir, conforme a unas reglas justas y comunes para todos.

El presente estudio pretende analizar una de las realidades que el ordenamiento jurídico español ha contemplado recientemente y con carácter general, desde el año 2005, con una última reforma en 2015: la filiación en las parejas homoparentales y plantear con ello si, como socialmente se cree, las familias homoparentales cuentan con mecanismos igualitarios para establecer los vínculos jurídicos de filiación, respecto de las familias formadas por parejas heterosexuales. Como es evidente y aunque pueda afirmarse gratuitamente lo contrario, las familias homoparentales no existen desde que nuestro ordenamiento las contempla expresamente, sino que desde siempre han existido vínculos de filiación en el seno de parejas homosexuales, si bien de forma incompleta, al no contar con el necesario reconocimiento jurídico de la cuestión.

¹ *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens* (D. 1, 1, 10, pr.)

² *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (D. 1, 1, 10,1)

A través de determinadas normas autonómicas primero y, finalmente, por medio de la reforma del Código civil que se vio operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la filiación en el entorno de una familia homoparental encontraba su reconocimiento jurídico y por lo tanto, se veía cumplido en este caso el mandato justinianeo: con la nueva regulación se intentaba dar a cada uno lo suyo, creando una regulación aparentemente justa; se pretendía garantizar con ello a los hijos de las parejas homoparentales el trato que merecían, con respecto de las parejas heterosexuales y con respecto de sus progenitores, a los que por fin podrían verse vinculados jurídica y conjuntamente, dejando de tener con ello el perjuicio secular que los hijos e hijas de personas homosexuales habían ido encontrando con respecto de la imposibilidad de contar con una filiación conjunta de sus dos progenitores.

En los ya más de diez años de vigencia de la reforma del Código civil en materia de matrimonio ya citada, son también bastantes las cuestiones que es necesario pulir aún para que la filiación de parejas homoparentales no suponga tener que llevar a cabo trámites que son totalmente inimaginables en el caso de las parejas heterosexuales, que tienen muchas más facilidades para que el amparo jurídico de la filiación les sea aplicada y reconocida sin problema y de forma directa. Por ese motivo, se ha entendido conveniente, al concluir cada uno de los capítulos que fundamentan este estudio, elaborar una propuesta de *lege ferenda*, que proponga mecanismos que con respecto a los hijos e hijas de parejas homoparentales pueda garantizar el respeto a lo previsto por el artículo 9.2 de la Constitución española, de 29 de diciembre de 1978, pues “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. En tal sentido, será necesario acentuar que esas condiciones que anuncia la constitución han de ser reales y, por tanto, favorecedoras de la igualdad material y efectiva de los ciudadanos ante la ley y, claro está, también en su aplicación.

La elaboración del presente estudio aborda diferentes perspectivas para el análisis de las cuestiones que finalmente permitan determinar cuál es la realidad de la hipótesis que se plantea; esto es, si existe o no una igualdad de trato a las parejas homoparentales,

respecto de las heterosexuales, a la hora de determinar la filiación de sus descendientes. Por ello, los diferentes puntos de vista utilizados son en primer lugar el histórico, con un análisis de cuál ha sido la evolución histórica de la institución jurídica de la filiación, acudiendo para ello a la situación previa a la vigencia de la actual Constitución española de 1978, alcanzando la situación actual. Seguidamente, se procederá desde un punto de vista comparado al análisis de las diferentes situaciones familiares homoparentales, con la observación de la regulación de las diferentes formas de relaciones de pareja homoparental que pueden encontrarse en nuestra sociedad, analizando su evolución histórica, su regulación positiva, exegética en cuanto al tratamiento legal y dogmático-jurisprudencial, en relación a las diversas opiniones jurídico-doctrinales y jurisprudenciales más destacables en la materia, para concluir en cada uno de ambos apartados con la correspondiente propuesta de *lege ferenda* al respecto.

De esta forma, tras el análisis de cuál ha sido la evolución del tratamiento y consideración que el derecho español ha tenido de la homosexualidad y de las relaciones homoparentales (capítulo 1) y el análisis de las formas principales de relación familiar homoparental (pareja estable –capítulo 2, apartado 1- y matrimonio –capítulo 2, apartado 2), se llevará a cabo, por último, un análisis pormenorizado de los diferentes conductos jurídicos por los cuales las parejas homoparentales alcanzan la filiación, contemplándose por ello la filiación por naturaleza (capítulo 3, apartado 1), la filiación adoptiva (capítulo 3, apartado 2) y la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida (capítulo 3, apartado 3), dedicando una especial atención a la denominada gestación por sustitución (capítulo 3, apartado 3.2), tratándose en este momento de una cuestión que inicia con carácter general el debate político en España, tendente a su regulación por parte de las Cortes Generales.

Concluirá el análisis de todos estos apartados, formulándose en todos estos casos las propuestas de corrección legislativa que se consideran necesarias en el sistema, a la luz de la práctica jurídica existente al respecto y, en respuesta a la hipótesis planteada, que desafortunadamente encuentra una contestación negativa y, por consiguiente, obliga a

llevar a cabo un intento de aportación de posibles soluciones que conduzcan de una forma eficaz a la consecución de la igualdad familiar en el ordenamiento español.

1.- APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL DERECHO DE FILIACIÓN, AL DERECHO DE FAMILIA Y AL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA HOMOSEXUALIDAD, TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1978

Sin duda, la filiación es una de las instituciones jurídicas civiles que ha sufrido una evolución más rápida y general en los últimos cuarenta años, sobre todo en el Derecho español. Si tenemos en cuenta que la esencia del actual Código civil español proviene de 1888³, es necesario plantearse que, a excepción del paréntesis legislativo de la Segunda República, el Derecho español en materia de filiación se vio prácticamente inalterado, hasta la aprobación en 1978 de la vigente Constitución, de 29 de diciembre de 1978.

Es necesario recordar en todo caso que la vigente Constitución española no supuso una automática renovación del concepto de filiación español, sino que por aplicación del catálogo de derechos fundamentales contemplado entre sus artículos 14 a 29 y 30.2, la legislación en la materia se vio puesta al día en 1981 y también Jurisprudencia fue aplicando a la legislación civil y, en concreto, de familia, el nuevo filtro que representaban los derechos de la persona que, por imperativo constitucional (artículo 53.2 CE) todo Poder público debía tomar como coordenadas en lo sucesivo (artículo 9.2 CE).

Para autores como Lacruz Berdejo, toda persona debe su filiación biológica a la procreación generada por un hombre y una mujer, derivando de ello su filiación jurídica, que es la traducción que el ordenamiento jurídico hace de la citada relación biológica. De ese hecho jurídico de la filiación se deriva la relación jurídica de filiación (paternidad/maternidad), como nexos entre generantes y generados, implicándose con ello un conjunto de derechos y deberes que los vinculan en una institución rica y compleja,

³ Mediante la aprobación de la Ley de 11 de mayo de 1888, que autorizó al Gobierno para la publicación del Código civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma, así como por medio del real Decreto de 6 de octubre de 1888, disponiendo la publicación en la Gaceta de Madrid del texto articulado del Código Civil.

debiendo entenderse la filiación adoptiva, en principio, como una mera creación del derecho, imitando a la naturaleza y supliendo deficiencias personales de ésta⁴.

Por su parte, Manuel Albaladejo⁵ plantea que igual que la filiación de sangre es el vínculo jurídico entre generantes y generados, de manera que la base de la filiación se encuentra en ese citado vínculo de sangre, que vincula a todo generante con todo generado. El argumento jurídico de esta afirmación se encuentra, según Albaladejo, en el artículo 112 del Código civil, cuando el precepto afirma que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar, lo cual supone para el autor que los efectos jurídicos de la filiación de sangre van ligados a ella y en caso de que la filiación biológica se desconozca, sus efectos jurídicos aparecerán precisamente cuando la misma se determine, sin que entre tanto se puedan exigir dichos efectos judicialmente, por lo que si el vínculo de sangre no se revela legalmente, no se ostenta filiación legal y no se podrán disfrutar los efectos de la filiación legal que se corresponde con la sanguínea, en tanto ésta no se determine. Por ello, no se podrá disfrutar de la verdadera filiación legal, en tanto la de sangre no aflore. Asimismo, la filiación biológica se podrá ver desplazada por la adopción, que supondrá que quien es adoptado resulta extraído de su familia de sangre, naciendo una filiación nueva entre adoptado y adoptante o adoptantes, o bien no se extrae al adoptado de una familia previa, cuando los padres son desconocidos, de manera que la adopción supone una filiación jurídica, independiente de la biológica.

En definitiva: la filiación es un estado jurídico que, en primer lugar, puede no estar determinado en algunos casos, desconociéndose quién ha sido generante de la persona; en segundo lugar, puede también verse determinado por un vínculo biológico con uno o unos progenitores conocido/s, determinándose con ello el parentesco entre padre/madre e

⁴ Lacruz Berdejo, José Luis: *Elementos del Derecho Civil, IV-Familia*, Dykinson, Madrid 2005, página 307.

⁵ Albaladejo García, Manuel: *Curso de Derecho Civil-IV, Derecho de Familia*, Edisofer, S.L., Madrid, 2013, páginas 201-202.

hijo/hija. Y en tercer lugar, igualmente, se puede determinar la filiación mediante la constitución de un vínculo jurídico que puede ser ajeno o no a vínculos biológicos entre progenitor/es e hijo/a, al existir una resolución judicial que determina en este caso la filiación y, por ello, el vínculo de parentesco. Tanto el primero como el segundo de los supuestos nos llevan a hacer mención a la filiación biológica (determinada o no a favor de progenitor o progenitores), mientras que el tercer supuesto nos plantea la filiación adoptiva, que requerirá el reconocimiento brindado por el Estado, a través de la intervención del poder judicial.

El Código civil español, en su redacción inicial de 1888, determinaba la filiación en torno a cinco categorías de personas diferentes, en función de cómo se determinaba esta filiación, en la redacción de sus artículos 108 a 110 (dedicados a los hijos legítimos –o matrimoniales-), 119.2º (que mencionaba a los hijos naturales o nacidos “*de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella*”), 119.1º y 120 (referidos a los hijos legitimados o reconocidos tras haber sido hijos considerados ilegítimos), el artículo 130 (que se dedicaba finalmente a los hijos ilegítimos) y los artículos 173 a 180 (dedicados a la filiación adoptiva). Se perdían con esta regulación decimonónica tres categorías que fueron introducidas en el antiguo Derecho castellano, a través de la Ley 11 de Toro, en 1505: los hijos adulterinos (nacidos de relaciones entre personas no casadas entre sí y en que al menos uno de los progenitores estaba ya casado con una tercera persona), los sacrílegos (habidos con quebrantamiento del voto de castidad por parte de uno de los progenitores) y los incestuosos (nacidos de relaciones sexuales entre padres que tenían entre sí impedimento para contraer matrimonio). Esto ya supuso, por tanto, una primera simplificación en las clasificaciones legalmente establecidas para la filiación y ya en 1888 llevó a algún autor a plantear que ello equivalía para autores como Modesto Falcón, a que se achacase como defecto del Código civil inicial que la regulación de la filiación era defectuosa y aventuraba que por ello debía recibir las más duras censuras⁶. Esta visión, no obstante, no ha sido puntual en la historia y como más adelante

⁶ Falcón, Modesto: *Código Civil Español comentado*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1888, página 154.

paterfamilias, cuando no se veía sometido a la potestad de nadie. De esta forma, el Derecho romano partió de considerar que el *paterfamilias* podía tener bajo su *patria potestas* tanto a las mujeres de la familia (que siempre quedaban sometidas a la potestad de un hombre –su padre, o bien su esposo-), así como a los hijos biológicos, adoptivos y asimismo el *paterfamilias* tenía bajo su *potestas* a los esclavos con que pudiera contar. Y en esta evolución, finalmente el Derecho romano contempló únicamente el parentesco biológico (*ius sanguini*) o bien por adopción, siempre a través del *paterfamilias* y bajo su *patria potestas*, que era origen y base del núcleo familiar y que en un segundo momento pasó a ser más un derecho de corrección⁹, en lugar del poder omnímodo de la primera etapa.

Paralelamente, es también necesario recordar que la otra gran raíz del sistema español, basada en el Derecho germánico, consideraba la filiación desde un punto de vista relativamente similar al Derecho romano en su último estadio; es decir, que bajo la forma de “sippe” (grupo de individuos de un tronco común en línea masculina) se integraba un conjunto de personas que estaban bajo el “munt” (obediencia –con un carácter patriarcal-¹⁰) de quien fuera jefe de la unidad familiar, existiendo dentro de esta “sippe” la denominada “Haus”, o familia propiamente dicha. Igualmente, dentro de esta “sippe” podían también verse integradas personas que se adscribían al grupo, previo juramento y seguimiento de un ritual de hermandad, que incluso influyó como se verá más adelante en la regulación jurídico-canónica. En consecuencia, el vínculo biológico era uno de los cauces que establecían la filiación, pero también podía serlo esta fórmula de adscripción al colectivo (“sippe”), similar en el fondo a la adopción.

Dentro de la evolución histórico-jurídica española, el cristianismo jugó también un papel esencial, dado que a través de sus principios, cada matrimonio supone la formación

⁹ *Filios familias no solum natura, verum et adoptiones faciunt. Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. Adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt.* Los hijos de las familias no sólo pueden serlo por naturaleza, sino también por adopción. Sin embargo, la adopción se ve dividida en dos posibilidades: una, la adopción de quien ya está bajo la potestad propia y la otra, la adrogatio.D. 1, 7, 1 (Traducción del autor).

¹⁰ Martín Minguijón, Ana Rosa: *Modelos de familia en España. Antecedentes históricos*, Revista General del Derecho Romano, nº 5, diciembre de 2005, páginas. 12-15

resultado es una resolución judicial). La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial (artículo 108.1 del Código Civil), siendo matrimonial cuando los progenitores estén casados entre sí, pero en todo caso, con clara igualdad de efectos entre una y otra. La segunda consecuencia de la reforma supuso que se asumía en la nueva regulación la paternidad y la maternidad como una verdadera realidad biológica que hacía posible incluso la posible investigación de la filiación por cualquier tipo de prueba válida al efecto, pero siempre manteniendo un esquema ya tradicional en nuestro Derecho, basado en que la filiación siempre debía quedar reconocida a favor de una madre, quien podría a su vez contar o no con el reconocimiento de paternidad de un padre (que podría ser su esposo o no).

La filiación se configura, pues, desde 1981 en torno a un conjunto de consecuencias que trascienden incluso el Derecho de familia, alcanzando incluso el Derecho de la persona (su nacionalidad, su vecindad civil, su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen); el Derecho de sucesiones (en la institución de heredero, la determinación de legítimas y sucesión intestada, por ejemplo); el Derecho penal y sus consecuencias (ante la importancia de los vínculos de parentesco en determinados delitos); el Derecho administrativo (ante la posibilidad de incompatibilidades en diversos procedimientos – contratación pública, intervención de funcionarios en casos concretos-), por ejemplo.

Por lo que al presente estudio respecta, debe centrarse la atención en este caso a lo que disponen los artículos 109 a 111 del Código civil, en cuanto a los efectos que el instituto de la filiación supone. A saber: en primer lugar (artículo 108 del Código civil), la plena equiparación de efectos entre la filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva, desapareciendo con ello todo tipo de diferencias que pudieron existir con anterioridad a la reforma del Código en 1981, en que existían diferencias de filiación y de efectos de ésta, según la clase de filiación de que se hablase; en segundo lugar, la filiación determina los apellidos que se deberán atribuir a los hijos (artículos 109 del Código civil y 53 de la Ley del Registro Civil y artículos 49 y siguientes de la Ley 20/2011, de 29 de junio, del Registro Civil, en vigor desde el 30 de junio de 2017), con la novedad introducida en 1981 de que *el hijo, al alcanzar la mayoría de edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus*

apellidos, evitando con ello la eventual discriminación contra el apellido materno, que se vería desaparecido en la siguiente generación. En tercer lugar, se deriva de la filiación unos derechos y deberes, como la patria potestad (artículo 154 del Código civil), la obligatoria prestación de alimentos de los progenitores a sus hijos (artículo 110 del Código civil), el derecho/deber de relación de los progenitores con sus hijos (artículo 160 del Código civil). Paralelamente a lo expresado, también el Código civil establece en su artículo 111, con una previsión introducida en la reforma de 1981, que quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: 1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad. Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

En esta previsión legal encontramos una de las más graves sanciones civiles para una persona: la privación de la patria potestad al progenitor, bien derivada de las circunstancias en que el descendiente nació, al haber mediado delito, o bien como consecuencia de un comportamiento indeseable en el momento de determinarse la filiación. Así, por ejemplo, esta exclusión de la filiación podrá verse cuando exista una condena en sentencia por la comisión de delitos contra la libertad sexual y por lo tanto, dicha sentencia deba establecer un pronunciamiento al respecto de la filiación y fijación de alimentos a favor del nacido, según establece el artículo 193 del código penal, comportando esto un efecto excluyente, directo y automático. El segundo supuesto contemplado se basa en que la filiación sea determinada judicialmente, con la expresa oposición de quien resulte designado progenitor por la correspondiente sentencia judicial, entendiendo tanto Lacruz

Berdejo¹², como Peña Bernaldo de Quirós¹³ que esta posibilidad excluyente también es extensible a supuestos de impugnación judicial de la filiación previamente establecida, si bien dicha cuestión ha generado jurisprudencia no pacífica al respecto, impidiendo una aplicación analógica de norma sancionadora¹⁴. Esta exclusión supone tres cuestiones básicas: la primera, que la patria potestad resulte vedada al progenitor sancionado, pero no le exime de sus deberes legales de *velar por sus hijos y prestarles alimentos*, que seguirán siendo obligatorias para el progenitor sancionado. La segunda, que el hijo no se verá obligado a prestar alimentos a su progenitor, ni éste podrá contar con derecho sucesorio alguno respecto de su hijo. Y, la tercera, que el hijo no ostentará el apellido del progenitor privado de su potestad, salvo que así lo solicitase expresamente¹⁵. Por último, cabe advertir que si bien esta posibilidad excluyente y sancionadora se utiliza únicamente en casos muy extremos y siempre con claro formalismo procesal, esta exclusión podrá concluir a través de una forma siempre pública, pero incluso pudiendo contar con la aceptación tácita del hijo, al no exigirse una forma concreta por el artículo 111 del Código civil, pero siempre con acceso al Registro civil, según obliga a ello el artículo 23 de la Ley reguladora del Registro Civil. Bastará, por ello, la mera voluntad del hijo a su mayoría de edad, o bien al ser emancipado, o bien por su representante legal, debiendo contar para ello con la oportuna aprobación judicial¹⁶.

El tercer gran momento en la evolución del Código civil en materia de filiación ha venido dado por la aprobación de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, que dieron regulación al derecho a contraer matrimonio y a la regulación de la separación y divorcio, trayendo unas consecuencias novedosas al sistema jurídico español, al darse paso a la posibilidad de establecer la filiación a favor de una pareja de personas del mismo sexo.

¹² Lacruz Berdejo, José Luis: Elementos del Derecho Civil, IV-Familia, Dykinson, Madrid 2005, página 320.

¹³ Peña Bernaldo de Quirós, Manuel: *Comentarios a la reforma del Derecho de Familia-1*, Madrid, 1984, páginas. 114-119.

¹⁴ Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 1987, Roj: STS 8494/1987

¹⁵ Resolución de la D.G.R.N., de 14 de marzo de 1988.

¹⁶ Resolución de la D.G.R.N., de 24 de marzo de 1983.

Se seguía, por tanto, el mandato constitucional relativo a la remoción de obstáculos para el libre desarrollo de la personalidad humana, haciendo posible la reivindicación del derecho a contraer matrimonio del colectivo de personas homosexuales en España, que veían así abierta la puerta al ejercicio de un derecho que se les venía negando históricamente y, de paso, podían consolidar jurídicamente no sólo las relaciones familiares que establecían con sus parejas, sino también las relaciones familiares verticales, al poder también consolidar la filiación de ambos miembros de la relación matrimonial con respecto de los hijos comunes que decidieran tener en común.

Por su parte, la filiación adoptiva sí observó diversos vaivenes desde la aprobación del Código civil en 1888, mediante sucesivas leyes que adaptaron el Código civil español a circunstancias históricas concretas¹⁷: Ley de 24 de abril de 1958 (B.O.E. nº 99, de 25 de abril), ley 7/1970, de 4 de julio (B.O.E. nº 161, de 7 de julio), ley 11/1981, de 13 de mayo (B.O.E. nº 250, de 19 de mayo) y por último, la ley 21/1987, de 11 de noviembre (B.O.E. nº 275, de 17 de noviembre), que da la actual configuración de la filiación adoptiva.

La aprobación de la Constitución de 1978 y su entrada en vigor, el 29 de diciembre de 1978, suponía un hito histórico que realmente tenía unas consecuencias directas con respecto del Derecho de familia español y que como se ha manifestado, obligó a su ya mencionada reforma, en 1981. Como se avanzó anteriormente, el conjunto de derechos fundamentales catalogados por la Constitución suponía un filtro por el cual deberían interpretarse todas y cada una de las normas decimonónicas del Código civil en materia de filiación. Tres artículos fueron básicos en la evolución de nuestro Derecho de familia: por un lado, el artículo 14, por el cual los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Junto con el precepto constitucional expuesto, es necesario también tener en cuenta en segundo lugar que el artículo 39 de la Constitución, establece que *1. Los poderes*

¹⁷*Ad ex.*, la situación de posguerra y la proliferación de menores en abandono, la adopción por parte del Reino de España de diversos Convenios internacionales en materia de protección de la infancia.

públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Y en tercer lugar, el artículo 10 de la Constitución dispone que “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*” y que “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

De lo anterior, se coligen expresamente varias consecuencias: la primera, que claramente existe un mandato constitucional para con los Poderes públicos españoles que les obliga a proteger al núcleo familiar y a establecer los derechos y deberes de las partes en la relación de filiación, sin poder determinar distinciones de trato entre las posibles diferentes formas filiativas. La segunda consecuencia se encuentra en que la persona cuenta con un reconocimiento constitucional de que el libre desarrollo de su personalidad será garantizado y salvaguardado por parte del Estado. Por consiguiente, este libre desarrollo de su personalidad conlleva también el libre desarrollo de sus funciones como ser humano, entre las cuales se encuentra la procreación y por ello, el establecimiento de filiación conforme a las circunstancias propias de cada individuo. La tercera consecuencia llevará a considerar que la igualdad, la no discriminación y la libertad de la persona para su propio desarrollo no se ciñen a derechos y obligaciones que se puedan manifestar exclusivamente en y para el Estado español y sus ciudadanos/as, sino que todo ello debe contextualizarse por imperativo constitucional conforme a unos estándares generales que

proviene de la suscripción por parte de España de cuantos Convenios y Tratados internacionales en materia de derechos humanos hubiera suscrito.

Por ello, la entrada en vigor de la Constitución española supuso la necesidad de que el Derecho de familia fuese puesto en orden y se le reconociera un dinamismo que con anterioridad no se contemplaba, pues los derechos a la igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad abrían la puerta a que colectivos como el homosexual pudieran tener en el futuro un reconocimiento jurídico de sus relaciones familiares y filiativas que hasta 2005 no encontró en el ordenamiento jurídico de una forma completa.

Debemos por ello recordar que pese a las modificaciones legales y la evolución legislativa que se menciona, persiste aún una discusión doctrinal en torno a la institución de la filiación, respecto de si la misma es o no un estado civil de la persona. Así, para Albaladejo¹⁸, sí que debe hacerse mención de estado civil de filiación, en torno a cuatro estados civiles de filiación (quienes ostenten filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva) y uno de falta de filiación (que se refiere a aquellas personas cuya filiación no esté determinada). Por el contrario, para Lacruz Berdejo¹⁹ la filiación es un *status familiae* o un *status personae*, siguiendo los planteamientos de la doctrina italiana. Esta cuestión queda en todo caso resuelta por cauce jurisprudencial, a través de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de diciembre de 1988²⁰, pues *“en la actualidad la filiación fundada en el vínculo de la generación origina un estado, que es la posición que el individuo ocupa en la familia y de la cual derivan derechos y obligaciones; una y otra filiación producen un verdadero estado civil”*. Esta interpretación tiene una clara trascendencia, pues como se verá más adelante, la determinación de la filiación puede basarse precisamente en la posesión de estado²¹ que una persona pueda tener con respecto

¹⁸ Albaladejo García, Manuel: Curso de Derecho Civil-IV, Derecho de Familia, Edisofer, S.L., Madrid, 2013, páginas 201-205.

¹⁹ Lacruz Berdejo, José Luis: Elementos del Derecho Civil, IV-Familia, José Luis Lacruz Berdejo, Dykinson, Madrid 2005, página 311.

²⁰ CENDOJ, ROJ: STS 9734/1988.

²¹ O'Callaghan Muñoz, Xavier: *Investigación de la Paternidad, acciones de filiación, acción de investigación de la paternidad*, prueba biológica, Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1994. Páginas. 89-90.

de una filiación concreta, provocando la prueba de la misma la determinación de una filiación basada en lo que no es más que una situación fáctica. Igualmente y siguiendo el punto de vista jurisprudencial ya indicado, la filiación genera también un status familiae o, lo que es lo mismo, una posición jurídica particular de la persona nacida, con respecto de sus progenitores y hermanos, generándose con ello un determinado parentesco del cual derivarán consecuencias jurídicas concretas no sólo con respecto de quien sea o quienes sean progenitor o progenitores, sino con respecto del resto de parientes.

En la actualidad y siguiendo el punto de vista de Peña y Bernaldo de Quirós²², la filiación es en primer lugar una cualidad personalísima que como primera consecuencia genera la identificación de la persona, por medio de su nombre y apellidos (artículo 109 del Código Civil), no pudiendo determinarse la filiación más que por personas muy concretamente establecidas: el padre, la madre y el hijo. Es, por lo tanto, una cualidad extra commercium, irrenunciable, indisponible, imprescriptible y respecto de la cual no cabe ejercitar la acción subrogatoria (artículo 1111 del Código Civil). En tercer lugar, la posibilidad de defender la propia filiación es una de las facetas de la protección de la persona misma, pudiendo incluso su negación originar una indemnización de daños y perjuicios, tanto materiales como morales. Y por último, la regulación de la filiación es una cuestión de claro orden público: la autonomía de la voluntad se encuentra muy restringida y ceñida a reglas legales; no cabe ni transacción, arbitrajes o posibles actos dispositivos en el seno de procesos judiciales en que se ventilen aspectos de la filiación (artículo 751.2.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil); su constancia tiene un cauce oficial y público específico, ajustado a reglas concretas: el Registro civil, con su correspondiente legislación específica; y por último, el Estado interviene en todo proceso judicial en que se pueda discutir cualquier aspecto de la filiación de una persona, por medio de la intervención del Ministerio Fiscal (artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Esta inclusión de la filiación entre las normas de orden público del Estado obliga a que existan numerosos mecanismos de control de su determinación y de quiénes y cómo

²² Peña y Bernaldo de Quirós, Bernardo, op. cit.

pueden ejercitar dichos mecanismos, según ya se ha expuesto. Así, el ordenamiento español distingue entre dos cuestiones al respecto: la primera, al exigir una serie de acreditaciones y pruebas concretas de la filiación ya determinada, conocida y constatada; la segunda, la manera en que se deberá acreditar la filiación, antes de ser determinada. La primera de las cuestiones citadas se refiere a los denominados títulos de legitimación (o atribución), mientras que la segunda se basa en la cuestión de prueba o demostración de la filiación que gracias al avance de la biomedicina consigue en la actualidad una prueba directa que en el pasado no se tenía, a través de las pruebas biológicas correspondientes.

En cuanto a los títulos de legitimación, debe atenderse a lo dispuesto por el artículo 113.1 del Código civil, la filiación se acredita por la inscripción en el Registro civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Como puede observarse, el precepto es concreto y establece una lista cerrada o *numerus clausus*, que conducen a una filiación determinada e indiscutida. Otra cosa sería que ante un proceso judicial de impugnación o bien reclamación de filiación, en que se trate la determinación de la filiación, pudieran llegar a utilizarse otras pruebas que condujesen al juzgador a entender atribuible la filiación a una determinada persona, que debería entonces ser anotada marginalmente en el folio del Registro civil correspondiente, al tratarse de una modificación judicial de la realidad registral inicial²³.

Asimismo y según el precepto transcrito, la inscripción del nacimiento en el Registro civil es en sí misma el título de legitimación de la filiación: consecuentemente, la inscripción va más allá incluso de constituir un medio de prueba privilegiado respecto del hecho inscrito (artículos 2 de la Ley reguladora del Registro Civil y 327 del Código civil y Artículos 90 y 91 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, en vigor desde el 30 de junio de 2017), dando fe de la filiación ya determinada (arts. 41 de la Ley del Registro Civil y 115.1

²³ Díez-Picazo Ponce de León, Luis: *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990. Página. 345.

y 120.4 del Código civil y Artículo 49 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, en vigor desde el 30 de junio de 2017), siendo eficaz e indubitada, mientras no se determine lo contrario por sentencia firme dictada en el correspondiente juicio declarativo civil (artículos 50 y 92 de la Ley del Registro Civil, 113.2 del Código civil y 764.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 2 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, en vigor desde el 30 de junio de 2017) o penal (artículo 114 del Código civil). Si nos referimos además al documento o sentencia que determine la filiación, en caso de que se haga referencia a una filiación matrimonial y conforme dispone el artículo 115.2 del Código civil, ésta sólo podrá venir determinada por sentencia firme, mientras que en el caso de una filiación no matrimonial, cuando no exista inscripción registral que la determine, los títulos subsidiarios son la sentencia que lo determine, el testamento o documento público en que se despliega el reconocimiento formal de la filiación (artículo 120.1 del Código civil), o bien la resolución dictada por el Juez encargado del Registro civil correspondiente en vía gubernativa y por aplicación de la legislación del Registro civil (artículo 120.2 del Código civil). En caso de referirse la filiación a una determinación llevada a cabo en procesos civiles o penales, el testimonio de la sentencia correspondiente.

Tal como se ha visto dispuesto por el artículo 113.1 del Código civil, la filiación se acredita por último mediante la denominada posesión de estado, situación de hecho en que se encuentra *quien de hecho y de modo estable ostenta signos suficientes del goce de tal estado de filiación, le corresponda o no efectivamente*²⁴. La posesión de estado venía ya reconocida en la legislación civil española anterior al Código civil y en la redacción originaria de 1888 del mismo, en su artículo 116, que disponía que *A falta de los títulos señalados en el artículo anterior, la filiación se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo*. Según la actual regulación vigente, en el artículo 113.1 del Código civil, la posesión de estado es un título de legitimación subsidiario a lo demás, para toda clase de filiación; es uno de los criterios de determinación de la legitimación para el ejercicio de acciones de filiación (artículos 131, 132, 133, 137.2 y 140 del Código civil);

²⁴ Resolución de la D.G.R.N., de 26 de diciembre de 1968.

puede ser un hecho desde el cual se declare la filiación, *aunque no haya prueba directa de la generación o del parto* (artículo 135 del Código civil); y a la vez, dicha posesión de estado deberá ser *constante*, por lo que la falta de concreción positiva, al no brindarse más elementos o notas distintivas de esta posesión de estado, hace que sea vigente aún la Jurisprudencia preconstitucional y anterior a la reforma de 1981, basada en el criterio del Código civil inicial. Para la doctrina, la posesión de estado se basa en cuatro pilares: el primero, *nomen*, relativo a que el hijo haya usado habitualmente el apellido del padre o madre, si bien en este punto la Jurisprudencia es comprensiva en que este primer requisito no es totalmente exigible cuando la filiación sea extramatrimonial, dado que el hijo puede en algunos casos tener interés exclusivo en ostentar el apellido materno y no el paterno²⁵. El segundo, *tractatus*, es el elemento más importante, al ser el comportamiento efectivo que en el período de posesión de estado haya tenido quien pretende resultar hijo, o incluso el progenitor mismo, creando así la apariencia de relación paterno-filial²⁶. La Jurisprudencia resulta también en este caso permisiva, respecto de si la filiación es matrimonial o no, en cuanto a la exigencia de valorar la exteriorización de la conducta²⁷. El tercer elemento definitorio de la posesión de estado es la *fama o reputatio*, que no es otra cosa que el hecho de ser considerado socialmente, en el entorno social y por la opinión pública hijo. Para la Jurisprudencia, *fama* y *tractatus* deben estar unidos, de forma que en determinadas sentencias no se ha considerado válido que el entorno social lo fuera un grupo de amigos muy determinado y durante un tiempo de diez meses²⁸. Como ya se había apuntado, la posesión de estado debe ser constante, sin que el artículo 113.1 del Código civil apunte más

²⁵ Sentencias de la Sala I del Tribunal Supremo, de 24 de mayo de 1956, 8 de julio de 1991 (CENDOJ, Roj: STS 11085/1991), 17 de marzo de 1995 (CENDOJ, Roj: STS 1600/1995).

²⁶ Sentencias de la Sala I del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 1987 (CENDOJ, Roj: STS 6988/1987), 10 de marzo de 1988 (CENDOJ, Roj: STS 1711/1988) y 30 de junio de 1988 (CENDOJ, Roj: STS 5071/1988).

²⁷ Sentencias de la Sala I del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 1966, 17 de marzo de 1988 (CENDOJ, Roj: STS 1935/1988) y 20 de mayo de 1991 (CENDOJ, Roj: STS 2554/1991), entre otras.

²⁸ Sentencias de la Sala I del Tribunal Supremo, de 24 de marzo de 1994 (CENDOJ, Roj: STS 1384/1994) y 17 de marzo de 1995 (CENDOJ, Roj: STS 1600/1995).

notas al respecto, a la inversa que la redacción inicial del artículo 116, que requería que fuera posesión de estado constante y continua. No obstante, la Jurisprudencia exige reiteración y continuidad, siendo posible incluso alguna interrupción²⁹, que deberá a su vez tener una cierta duración temporal³⁰, notoria³¹, pública³² y actual en el momento de su alegación, o bien haber existido hasta un momento inmediato, pudiendo ser valorado todo ello libremente por parte del Tribunal sentenciador, dado que se trata de una cuestión claramente de hecho.

Merece la pena en último lugar hacer una referencia a la prueba de la filiación en los procesos de filiación, que nos obliga a considerar la regla establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 767.2, en que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, limitándose el ejercicio de las acciones de filiación, ya que En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde. Como puede verse, el ámbito probatorio en los procesos de filiación resulta claramente amplio, si bien con los límites claramente conservadores que obligan a aportar ese principio de prueba que en derechos civiles autonómicos como el de Cataluña, por ejemplo, no existen, al incidir incluso la legislación catalana en la no exigencia expresa de ningún tipo de principio probatorio como elemento previo al ejercicio de acciones de filiación³³

En definitiva y, como puede verse, el Derecho ha venido observando desde hace siglos un esquema estático del concepto de filiación y que en el caso de España y merced al dinamismo social español posterior al año 1975, se ha ido viendo modificado con el paso de

²⁹ Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 1971.

³⁰ Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 1988 (CENDOJ, Roj: STS 9381/1988), 16 de febr de 1989 (CENDOJ, Roj: STS 1063/1989), 20 de noviembre de 1992 (CENDOJ, Roj: STS 8447/1992).

³¹ Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 1987 (CENDOJ, Roj: STS 6988/1987).

³² Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1988 (CENDOJ, Roj: STS 1711/1988) y 30 de junio de 1988 (CENDOJ, Roj: STS 5071/1988).

³³ Artículo 235-15.1 del Código civil de Cataluña: *En el ejercicio de las acciones de filiación no será necesaria la presentación de ningún principio de prueba.*

los años. La evolución del Derecho, igual que la evolución de la sociedad, tiene su fundamentación en el dinamismo social, el cual le da razón de ser. Este dinamismo ha sido reconocido claramente en un momento posterior a la codificación inicial del Siglo XIX, como se ha visto, siendo ejemplos de esta renovación jurídica las reformas que ya se han citado, de 1981 y de 2005, así como las que veremos en el capítulo tercero, cuando se trate la filiación adoptiva y la filiación mediante técnicas de reproducción asistida, conforme a las normas vigentes³⁴.

Por medio del conjunto de normas citadas, junto con aquéllas que suponen su correspondiente desarrollo, está claro que nuestro ordenamiento y la interpretación judicial han ido cumpliendo progresivamente con lo dispuesto por el artículo 3 CC, respecto de la obligación de que la adaptación de las normas no solo a sus antecedentes históricos y legislativos, sino también, a la realidad social del tiempo en que tienen que ser aplicadas. Se trata, pues, de una necesidad de que la norma jurídica atienda a la realidad social del momento en el cual tiene que ésta deberá cumplirse y que puede ser diferente al momento en el cual la norma en sí misma fue creada. Se trata lógicamente de una realidad que tiene su base en factores políticos, económicos, culturales, de opinión social, convicciones generales de la sociedad y, en definitiva, de los estados de los puntos de vista que, con la dinámica social, se pueden ver modificados con el paso del tiempo.

Este punto de vista que manifiesta el ya mencionado artículo 3 del Código civil, según la actual redacción llevada a cabo por la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1973, a su vez tampoco fue casual, pues la propia Jurisprudencia había ido consolidando, desde la entrada en vigor de texto original del Código Civil este punto de vista. Podemos encontrar, como ejemplo, el criterio manifestado por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de noviembre de 1934, en el sentido de que el resultado de interpretar

³⁴ En cuanto a la adopción, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y Ley 54/2007, de la Adopción Internacional; respecto de la filiación mediante técnicas de reproducción asistida, Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, así como su sustituta y actualmente vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (únicamente modificada a través de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral del sexo de las personas).

la norma tiene que ser *“...reforzado y controlado por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores –ideológicos, morales y económicos- que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico”*.

No obstante, es también cierto que este criterio interpretativo ha sido entendido con un claro carácter restrictivo por parte de la Jurisprudencia, ya que se ha limitado a verlo como la necesidad de ajustar interpretación de la norma, pero no de modificarla o bien de inaplicarla. En este sentido, hay que observar también que la Sentencia mencionada exhorta a hacer uso restrictivo del criterio, *porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo, añadiendo en cuanto se ha de reconocer que su aplicación se hace más segura y decisiva cuando se trata no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva o han tenido un reconocimiento de manera inequívoca en la Ley suprema del Estado*.

Queda patente, por lo tanto, que es posible entender aplicable un método de interpretación y se hace necesario un sistema de generación de normas jurídicas que revista un carácter histórico-evolutivo que deberá conducir a una actividad creadora de nuevas normas jurídicas que se adapten a supuestos no previstos por el legislador en el texto que se aplica al caso concreto. O dicho de otra manera: si hay que aplicar el criterio sociológico en el momento de llevar a término la interpretación de una norma, dependerá enormemente del criterio del juez natural del caso en el momento en que la norma tenga que ser interpretada. Eso implicará, para algunos autores, un riesgo próximo a situaciones de inseguridad jurídica, si bien esta misma doctrina científica entiende que el criterio sociológico sería, en definitiva, un mal menor frente en el inmovilismo en la interpretación y aplicación del derecho.

Por todo lo expuesto, es innegable que nuestro entorno ha vivido un cambio social que se puede considerar extraordinario a diferentes niveles, en los últimos cincuenta años, generando una realidad social que, en muchos aspectos, tiene un funcionamiento y reglas

particulares que progresivamente han generado dinámicas propias fundamentadas más en la mecánica social, que en la realidad jurídico-positiva. Eso genera en muchos casos que nos encontremos en situaciones de funcionamiento muy similares a las reglas consuetudinarias que, no lo olvidemos, son tan obligatorias como las normas positivas (artículo 1.3 del Código civil).

1.1. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA HOMOSEXUALIDAD, TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1978 Y LA INCIDENCIA DEL DERECHO EUROPEO

No debe obviarse que el presente estudio se centra en la filiación derivada de la existencia de parejas formadas por personas de un mismo sexo, que vinculan así a unos hijos como progenitores de éstos. En este sentido y tal como ya se ha puesto de manifiesto, la Constitución de 1978 supuso una clara ruptura con planteamientos anteriores de la historia del Derecho español, que llevaban a que la homosexualidad y los homosexuales estuvieran perseguidos directa o indirectamente por el ordenamiento y por los diferentes modelos sociales y políticos. Y no puede olvidarse que en la etapa preconstitucional de la dictadura del General Franco se pudo observar el mayor de los refinamientos jurídicos en la aplicación de normas represoras que fueron instrumentos eficaces contra los homosexuales.

La lejana visión de respeto hacia la homosexualidad que Grecia y Roma mantuvieron con la homosexualidad quedó claramente trastocada bajo la influencia judeocristiana. Grecia no sólo veía legítima la homosexualidad, sino que la relación homosexual entre el adolescente (eromenos) y el adulto (erastes) tomaba el carácter de una preparación a la vida marital, convirtiéndose esta relación entre eromenos y erastes en una institución en la polis griega, cobrando carta de naturaleza la relación homosexual entre adultos en el ámbito militar, para concluir finalmente esta situación en el año 600 antes de Cristo, mediante la expresa prohibición por parte de Solón a los esclavos de mantener relaciones sexuales con jóvenes libres. La Roma clásica toleraba la homosexualidad, a condición de que el ciudadano homosexual no se apartara de sus deberes para con su

ciudad, de que no utilizase a las personas inferiores como objeto de placer y que no asumiera el rol sexual pasivo en sus relaciones con subordinados. En la Roma clásica, sólo se aceptaba un rol bisexual activo.

Bajo el imperio de Constantino I, Roma quedaba convertida al cristianismo, mediante el Edicto de Milán, en el año 313 D.C., promulgándose también durante su reinado, en el año 342 D.C., la primera norma contra los homosexuales, que posteriormente se vería endurecida bajo el reinado de Teodosio I, en el año 390 D.C., al condenar a la hoguera a los homosexuales pasivos, al considerar que la homosexualidad pasiva, asociada a la feminidad, comportaba una amenaza para la pervivencia de Roma. El apoyo filosófico de esta medida se encontró en los textos bíblicos del Antiguo Testamento y en las Epístolas paulinas, llegando incluso a que San Agustín de Hipona estableciera que la sodomía era un crimen detestable, contraria a la ley natural y a la ley divina.

Estos antecedentes condujeron progresivamente a la confusión de los conceptos de pecado y de delito, junto con las diversas traducciones e interpretaciones interesadas del Libro del Levítico³⁵. Así, desde el Siglo XIII, los principios filosóficos de Santo Tomás de Aquino llegaron a incluir la homosexualidad dentro de la lista de perversiones sexuales, de forma que este punto de vista permanecería inalterado hasta prácticamente nuestros días en nuestro entorno³⁶. Con estos argumentos, la Inquisición encontró base jurídica suficiente

³⁵ Levítico, 18.22: *"No yacerás con varón como los que se acuestan con mujer; es una abominación"* y *"Si alguno yaciere con varón como los que yacen con mujer, los dos han cometido abominación; ciertamente han de morir. Su culpa de sangre sea sobre ellos."*

³⁶ Sto. Tomás de Aquino, Suma Teológica, II, cuestión 153, 2: *"Un acto humano es un pecado cuando va contra el orden establecido por la razón. Ahora bien, dicho orden consiste en la adaptación de los medios al fin. No hay, pues, pecado en usar razonablemente las cosas para el fin que es el suyo, respetando la medida y el orden, con tal de que ese fin sea un verdadero bien. Pero la conservación de la especie un bien no menos excelente que la del individuo y así como ésta tiene como medio la alimentación, aquélla tiene como medio la voluptuosidad. Lo que los alientos son para el hombre, dice San Agustín, es el comercio carnal para la humanidad. Así como el uso de los alimentos puede estar exento de pecado si es conforme a la salud del cuerpo, así el uso de la voluptuosidad puede estarlo si observa la medida de asegurar su fin, que es la generación humana"* (Sto. Tomás de Aquino: *Suma teológica, II, II-II, cuestión nº 153*, publicación electrónica, en goo.gl/B2M0V, a 24/03/2017)

para concederse una cobertura que le permitiera ir en contra los homosexuales (en las antiguas Coronas de Aragón y Castilla), permitiéndose que la acusación contra los homosexuales fuera la de herejía, con la pena consiguiente de decapitación o muerte en la hoguera.

Este funesto panorama permaneció inalterado hasta 1822, con la aparición del primer Código penal español, de clara influencia napoleónica. El texto eliminaba la criminalización de los homosexuales y de las relaciones homosexuales, siempre que éstas se llevasen a cabo entre adultos y con mutuo consentimiento. No obstante, esto no supuso la desaparición de la represión jurídica, pues se mantenían abiertos otros frentes que permanecieron activos en España hasta fechas bien recientes, dejando en manos del Juez la aplicación de normas penales claramente abiertas en su aplicación e interpretación, siendo el Juez quien debía de considerar con criterios positivos poco claros si existía delito o no, por medio de tipos penales como el delito de escándalo público.

El delito de escándalo público venía configurado como un delito cometido por quien profería una ofensa a dos conceptos jurídicos indeterminados: al pudor, por un lado, o a las buenas costumbres, por otro. Con ello quedaba abierta una peligrosa puerta a la discrecionalidad judicial, ya que en modo alguno quedaba recogido o definido cuál era el contenido exacto de los conceptos de pudor o de buenas costumbres. Por este motivo, la posibilidad de condenar a una persona o no, como consecuencia de su actividad sexual, dependía de qué criterio o punto de vista tuviera quien tenía que aplicar la ley; es decir, el Juez, respecto de su criterio personal de lo que era pudor (o moral social) o bien buenas costumbres (u orden público)³⁷.

El tipo penal de escándalo público se vio mantenido durante el régimen franquista y tal como se ha comentado, tenía una de las redacciones más peligrosas e inconcretas que la

³⁷ De la Rosa Fernández, Ricardo: *El Derecho español en torno a la homosexualidad*, Salvat Editores, Barcelona, 1999, páginas.. 6-9.

ley penal podía darle, a considerar que *“El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, incurrirá en la pena de arresto mayor, multa de 5.000 a 25.000 pesetas e inhabilitación especial. Si el ofendido fuere menor de veintiún años, se impondrá la pena de privación de libertad en su grado máximo”*.

A modo de ejemplo de qué valor tuvo la aplicación del delito de escándalo público, valga la cita textual del contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 1965, que afirmaba respecto de un caso de escándalo público, causado cuando por error, agentes de policía registraron un domicilio en que había una pareja de dos hombres manteniendo relaciones sexuales: *“...siendo el delito de escándalo público la lesión que se infiere a los sentimientos de morigeración y recato de la sociedad con la ejecución de actos deshonestos, no es preciso que tales actos tengan lugar en público para que el delito se cometa, según viene declarando esta Sala, bastando únicamente con que se produzca aquel ultraje al pudor social, bien en el momento de la perpetración del acto, bien al ser conocido, por ser propiamente un delito de resultado, y producido éste, es indiferente el medio por el cual llegó a él; por eso al declararse probado que los actos de homosexualismo a que se venían entregando los procesados en determinado domicilio, donde fueron sorprendidos por la Policía, produjeron el consiguiente escándalo al ser conocidos, el delito del artículo 431 CP queda debidamente tipificado, aunque no se diga el medio por el cual llegó a los vecinos el conocimiento de estos hechos, hechos que debieron producir la natural alarma y repulsa colectiva cuando se puso en conocimiento al órgano policial para su persecución”* El delito de escándalo público no sería eliminado del Código penal de 1973, hasta 1988³⁸, viéndose sustituido por los tipos penales de exhibicionismo y provocación sexual, con lo que la técnica jurídica y la precisión necesaria de la ley penal se cumplían por fin en esta materia.

Dentro de esta evolución legal, debe señalarse en el ámbito penal ordinario un breve paréntesis en que nuestra ley penal volvió a considerar que la homosexualidad era

³⁸ Redacción basada en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

circunstancia agravante en la comisión de delitos entonces denominados *contra la honestidad*, mediante la aprobación del Código penal de la Dictadura militar del General Primo de Rivera, en 1928, que sería a su vez eliminado en el año 1932, con la aprobación del Código penal de la Segunda República. Posteriormente, ningún Código penal español ha considerado que la homosexualidad sea delito o circunstancia modificativa de la responsabilidad, llegándose incluso al Código vigente, de 1995³⁹, que incluso incluye diversos tipos penales de nominados como delitos de odio⁴⁰, que pretenden la protección expresa de determinados colectivos, como el homosexual⁴¹, o bien consideran que un delito cometido como consecuencia de la orientación sexual de la víctima implica la aparición de una causa agravante de la responsabilidad penal⁴².

Otro ámbito en que la homosexualidad se vio seriamente perseguida fue el militar: en este sentido, debe advertirse que la homosexualidad fue considerada delito en el seno de las Fuerzas armadas españolas, hasta 1985, a través del antiguo artículo 352 del Código de Justicia Militar⁴³, por el que *El militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo, será castigado con la pena de seis meses y un día a seis años de prisión militar. Cualquiera que sea la pena impuesta por este delito llevará siempre consigo la separación del servicio.*

Con posterioridad, la Ley Orgánica 13/1985, de 11 de diciembre, que aprobó el Código Penal militar, eliminó la anterior previsión de la legislación penal militar postconstitucional, si bien en el mismo año y mediante la Ley Orgánica 12/1985, fue aprobado el primer Reglamento Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que en su artículo 59.3 preveía que mediante la incoación de expediente gubernativo se podrán imponer

³⁹ Ley Orgánica 1/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

⁴⁰ De la Rosa Fernández, Ricardo: *Los delitos de odio y discriminación, desde la perspectiva del colectivo L.G.B.T.*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, páginas.145-155.

⁴¹ Ad ex., artículos 314, 510 y siguientes del Código penal vigente.

⁴² Artículo 22.4 del Código penal.

⁴³ Aprobado por Ley de 17 de junio de 1945, como refundición del Código de Justicia Militar de 1890, el Código de la Marina de Guerra, de 1888 y las Leyes Orgánicas de la Marina, de 1894.

sanciones disciplinarias extraordinarias a los militares profesionales. Procederá la incoación de expediente gubernativo por cualquiera de las causas siguientes: (...) Observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito. Pues bien: dentro del catálogo de conductas que podían atentar contra la dignidad militar y en el marco de este otro concepto jurídico indeterminado, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional⁴⁴, entendieron que “*Consiguientemente, la comisión de actos deshonestos por militar profesional, con individuos de su mismo sexo, se ha de reputar conducta gravemente contraria a la disciplina o dignidad militar (...), debe concluirse que la derogación del artículo 352 del Código de Justicia Militar y la simultánea entrada en vigor del artículo 59.3 de la Ley Orgánica 12/1985, significaron, en el mismo momento, la destipificación penal de dichos actos y su tipificación disciplinaria*”⁴⁵. En definitiva, nuestra jurisprudencia determinó que una de las conductas que conculcaban esta *dignidad militar* radicaba precisamente en que un miembro de las Fuerzas armadas pudiera tener “conductas homosexuales” en seno del Ejército, amparando con ello el criterio previamente expresado por la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo. Este criterio se ha visto mantenido en la reforma llevada a cabo por el vigente Reglamento Disciplinario⁴⁶, que en su artículo 8.24 deja una vez más abierta la puerta a una aplicación discrecional, por parte de la Administración militar, al considerar falta grave *Mantener relaciones sexuales en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar*, todo ello con independencia de que las relaciones sexuales que pudieran mantenerse lo fueran entre adultos y con el pleno consentimiento de los mismos.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1991, de 17 de octubre, en goo.gl/tehNW4, a fecha 24/03/2017.

⁴⁵ Ad ex., Sentencia de 21 de diciembre de 1988, Sala de lo Militar, Ponente José Jiménez Villarejo (R.A.J., 10326/1988).

⁴⁶ Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

de determinadas conductas personales que pasaban ahora a ser consideradas como peligrosas y merecedoras de la rehabilitación o la regeneración de sus autores. Tal como Víctor Bedoya apunta⁴⁸, fueron diversas las herramientas de represión de la homosexualidad: los cuerpos policiales, la sociedad en su conjunto (por medio de delaciones indiscriminadas), que sólo en el año 1974 supusieron la tramitación de 66 expedientes en aplicación de la ley de peligrosidad y rehabilitación social. Tanto la nueva Ley, como su predecesora, fomentaron en la sociedad española un uso bastante indiscriminado y basado en la delación gratuita, que muchas veces se basaba en cartas anónimas dirigidas a autoridades civiles del Estado (a los antiguos Gobernadores Civiles de las provincias, por ejemplo) que se podían ver remitidas sin problema por particulares, o bien por determinadas autoridades que desde un deber de su oficio o cargo (alcaldes de barrio, párrocos y otros cargos.), entendían necesario denunciar que en determinados locales se daban prácticas homosexuales, o bien existían espectáculos de “dudosa moral”, como en algunos casos fueron calificados.

La nueva Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social no tuvo su objeto represivo en la homosexualidad en sí misma, sino en algo sutilmente distinto: *“los que ejerzan actos de homosexualidad”* (Artículo 2.b.3º de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social). Esto suponía, por ejemplo, que con la nueva norma y según criterio jurisprudencial, la realización de un solo acto de homosexualidad no podía determinar el estado de peligrosidad, sino que el elemento realmente importante se encontraba en la reiteración y la frecuencias de dichos actos, siendo conductas perseguibles “...*los ayuntamientos carnales...*, y en general, *los tocamientos de toda índole...*”⁴⁹. Según el criterio legal, el peligroso social era por tanto merecedor de una medida curativa y rehabilitadora y no de una simple sanción, por lo que al peligroso social se le debía internar en establecimientos de reeducación, prohibirle la residencia en un determinado lugar y la

⁴⁸ Eres Regueira, Benito y Villagrasa Alcaide, Carlos: *Homosexuals i Transsexuals: els altres represaliats i discriminats del franquisme, des de la memòria històrica*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2008. Páginas. 126-146.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Apelación de Madrid, de 12 de mayo de 1973.

sumisión permanente de la vigilancia de un delegado gubernativo. Lo cierto, no obstante, fue que la aplicación de la norma consistía en la mera privación de libertad de quienes, declarados peligrosos sociales, se les aplicaba a la vez una “*medida de seguridad*” (que no una pena) que como ya se avanza, suponía la privación de libertad, normalmente en un centro específico de la Provincia de Cádiz. Esta “*medida de seguridad*” y no condena penal suponía que las mínimas garantías carcelarias y penales de que disponía el reo penado no resultaban de aplicación a quienes se les aplicaba la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, por lo que de entrada, la aplicación de *medidas de seguridad* resultaba tremendamente más dura y cruel que la aplicación de una sanción penal, teniendo ello a la vez un resultado añadido, en los primeros momentos posteriores a la muerte del General Franco, tal como se expondrá⁵⁰.

El fallecimiento del General Franco supuso para España un inmediato y obligado salto en muchos aspectos y, entre ellos, el jurídico. España tenía que ponerse al día, por ejemplo, en la aplicación de normas internacionales a las que el Régimen franquista no pudo ni quiso tener acceso, al ser elementos contrarios a su idiosincrasia. Así, en abril de 1977, España ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles de Nueva York y en septiembre de 1979, el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos, pasando a ser miembro del Consejo de Europa. Entre tanto, el 27 de diciembre de 1978 se sancionó por el Rey Juan Carlos I la actual Constitución, que entraría en vigor el 29 de diciembre del mismo año. Como se ha expresado con anterioridad, por imperativo del artículo 10 de la Constitución, ésta era la primera vez en la historia que España contaba con un reconocimiento general de derechos fundamentales de la persona, que tendrían una clara efectividad en su aplicación ante los Tribunales, que por primera vez se verían vinculados también a la doctrina en materia de derechos fundamentales emanada de la Organización de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, por lo que desde ese momento, la igualdad, la no discriminación o la intimidad dejaban de ser principios de buenas intenciones o programáticos, para ser claramente imperativos al contar con la categoría de derechos

⁵⁰ Pérez Cánovas, N. *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Editorial Comares, página 130, Granada, 1996, páginas 20-21.

de familia que hasta la fecha se estaba ignorando por el Derecho. Sin embargo, la iniciativa legislativa se encontraba con dos obstáculos que hicieron inviable su tramitación: el primero, que se trataba por su naturaleza de una proposición de ley orgánica, dada la modificación del Código penal que se pretendía, por lo que su aprobación habría exigido la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados, a tenor de lo dispuesto por el artículo 81.1 de la Constitución: no debe olvidarse que ni el Grupo que propuso la iniciativa, ni tampoco el Socialista contaban con una mayoría suficiente al efecto en aquel momento. Y, el segundo y más grave la falta de interés general de las Cortes Generales en aquel entonces, que llevó a que el único partido político con capacidad suficiente para haber apoyado la iniciativa, el Partido Socialista Obrero Español, liderase la tramitación de la proposición en el transcurso de la muy convulsa legislatura 1993-1996¹¹¹.

Paralelamente a las iniciativas legislativas iniciales antes comentadas, también existieron algunas modificaciones legales concretas o jurisprudencia novedosa en la materia, que fueron abriendo camino a los derechos de las parejas estables, dando así solución a determinadas circunstancias adversas para las parejas de hecho y sus miembros:

A.- Respecto de beneficios sociolaborales: la disposición dicional 10ª de la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, estableció que *Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas:*

Primera. A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio.

¹¹¹ Pérez Cánovas, N. *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Editorial Comares, páginaina 130, Granada, 1996, páginainas 302 y ss..

De esta manera, las previsiones que los convenios habían ido contemplando para los matrimonios, como los permisos por celebración de matrimonio, las excedencias por reagrupación familiar también previstas para los matrimonios, los complementos retributivos familiares y a favor de hijos, la asistencia sanitaria reconocida a favor del cónyuge, las planes de pensiones de empresa a favor de cónyuges viudos, se vieron ampliados progresivamente a favor de las parejas estables y sus miembros, con el añadido final de que ello se reconocía con independencia de la orientación sexual de sus miembros.

Con este panorama, a principios del año 2000, existían ya en el ámbito de Cataluña nada menos que veintiséis convenios colectivos que reconocían derechos a las uniones estables de pareja¹²¹, correspondientes a Administraciones públicas, de las que el Ayuntamiento de Sabadell fue el pionero en la materia, y casi cincuenta convenios colectivos de sectores y empresas privadas.

H.- Resoluciones de las Cortes Generales y de los Parlamentos autonómicos antidiscriminatorios relativas a las parejas estables: La Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, mencionada anteriormente, supuso tal como se puede ver, un revulsivo más que necesario para las Cortes Generales y también para los Parlamentos autonómicos, que llevó a las diferentes cámaras legislativas a la aprobación progresiva de Resoluciones antidiscriminatorias que, si bien no tenían fuerza de ley, sí que suponían la aparición de previsiones programáticas suficientemente importantes, a tenor de los antecedentes histórico-legales que han podido observarse en los diferentes capítulos precedentes¹²². Algunas de estas Resoluciones fueron:

¹²¹ De la Rosa Fernández, Ricardo: *Guía per a la negociació col·lectiva sense discriminació*, Secretaría de Política Social de la Unión General de Trabajadores de Catalunya, Barcelona, 2000, páginas. 24-31.

¹²² Pérez Cánovas, N. *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Editorial Comares, páginaina 130, Granada, 1996, páginainas 302-310.

a.- Resolución de la Asamblea de Madrid, de 3 de marzo de 1994, que instaba al Gobierno de la Nación y a las Cortes Generales a la aprobación de una “Ley de Convivencia”, reguladora de las uniones de hecho entre dos personas que, independientemente del sexo de sus componentes, desarrollan una comunidad de vida estable y duradera.

b- Resolución de 19 de mayo de 1994 del Pleno de las Cortes Valencianas, instando al Consejo de Ministros en idéntico sentido y Resolución de las Cortes Valencianas, de 15 de marzo de 1994, ampliando el contenido de la anterior y acomodando su contenido a la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994.

c.- Resolución de 23 de junio de 1994, de la Junta General del Principado de Asturias, instando al Gobierno a regular las uniones de hecho, añadiendo el compromiso de dar un tratamiento fiscal idéntico para todo tipo de unión, no discriminatorio para ninguna de ellas.

d.- Proposición no de ley, de 29 de noviembre de 1994, del Grupo Socialista del Congreso de los Diputados, por la que se insta al Gobierno a remitir a la Cámara un Proyecto de Ley sobre la regulación de las uniones de hecho, con independencia de su sexo.

En todo este contexto previo que fue configurando un clima favorable al reconocimiento de derechos a las parejas estables y al establecimiento de unas reglas propias de este instituto jurídico, se fue también incrementando paralelamente el interés de la Generalitat de Catalunya por poner al día su regulación del Derecho civil propio, basado esencialmente hasta 1984 en la Ley 40/1960, de 21 de julio, por la que fue aprobada la Compilación de Derecho Civil de Cataluña y por la cual se vieron reunidas las normas históricas de Derecho civil aplicables en Cataluña, con una triple base directa: el Derecho romano, el Derecho canónico y una importante base consuetudinaria. Por ello, a través del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, de la Presidencia de la Generalitat, fue aprobado el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, mediante el cual se daban pinceladas a la Compilación de 1960 que intentaban poner al día el Derecho civil catalán, pero manteniendo la base ya establecida en tiempos de la Dictadura del General Franco. En los años posteriores, esta actualización del Derecho civil de Cataluña vivió un

nuevo fenómeno que ya se dio también en la legislación civil del Estado, a través de lo que se denominó descodificación, o simplemente el establecimiento de regulaciones específicas que sustituían materias previamente incluidas en el Código civil, como consecuencia de que las mismas debían ponerse al día en su contenido y configuración, o bien requerían de un cuerpo legal propio, al margen del cauce brindado por el Código.

De esta forma, la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, fue sufriendo un progresivo vaciamiento de su contenido que de forma simultánea supuso la aprobación de nuevas leyes civiles catalanas, que fueron actualizando las diversas materias que previamente contuvo la Compilación. La primera de estas normas civiles fue la Ley de Fundaciones privadas (Ley 1/1982), posteriormente fueron aprobadas las leyes de Censos (Ley 6/1990), de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad (Ley 13/1990), la de garantías posesorias sobre cosa mueble (Ley 22/1991), el Código de Sucesiones por causa de Muerte (Ley 40/1991) y la Ley de medidas de protección de menores desamparados y de la adopción (Ley 37/1991). Con posterioridad y por lo que respecta al presente estudio, la legislación civil catalana en materia de Derecho de familia mantuvo la configuración que la Compilación de 1984 le dio, hasta que a principios de los años noventa del Siglo XX se comenzó a plantear la necesidad de sistematizar, ordenar y renovar el Derecho de familia catalán, ante las insuficiencias que demostraba en la práctica en numerosos aspectos y ante una clara urgencia en poner al día muchas de sus previsiones. De esta forma, en 1996 comenzó a gestarse la que finalmente sería, junto al Código de Sucesiones de 1991, la Ley civil especial más importante en Cataluña: la Ley 91/1998, de 15 de julio, que aprobó el denominado Código de Familia de Cataluña.

La gestación del nuevo Código de Familia partió de la iniciativa legislativa del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, que inicialmente pretendía establecer la regulación de las instituciones jurídicas existentes hasta el momento en Derecho de familia, regulado por el Derecho civil catalán. Al hilo de este proyecto, el Grupo Socialista del Parlamento de Cataluña planteó añadir un conjunto de artículos que dieran regulación propia a las uniones de pareja, por medio de una disposición adicional de la nueva Ley que aprobase el Código de Familia. Esta opción fue descartada por el Gobierno de Convergència i Unió, que

únicamente admitió que a los efectos de regular la institución, se pudiera configurar todo ello a través de una ley propia, que dejase al margen del conjunto propio del Derecho de familia la regulación de una situación fáctica de relación entre dos personas, basada en una relación marital entre ellas, que a criterio dominante no se podía incluir en la propia regulación de la familia que iba a brindar el nuevo Código, sino a través de una norma propia, dado que no se consideraba que la unión de pareja fuera en su esencia una unión familiar.¹²³

En este contexto y de forma paralela a la génesis del Código de Familia, se remitió en enero de 1998 por el Gobierno de la Generalitat al Parlamento de Cataluña el Proyecto de Ley sobre relaciones de convivencia diferentes al matrimonio, tras cuya tramitación finalmente sería la Ley 10/1998, de 1 de julio, de Uniones Estables de Pareja. La ley definitiva se constituyó por un total de treinta y cinco artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria y tres disposiciones finales, que respondían en esencia al Proyecto inicial. A su vez, en la tramitación parlamentaria, el Proyecto llegó incluso a contar con más de cuatrocientas enmiendas¹²⁴. Se obtuvo con ello la primera regulación positiva tanto para Cataluña, como también en el Estado español, que daba un marco jurídico a las parejas estables, si bien no exento de críticas más que evidentes. La primera de ellas partía de que el concepto de unión estable de pareja se dejaba claro en la Ley, en sus artículos 1 y 19, que respectivamente establecían que “*Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente...*” y “*Las disposiciones de este capítulo se aplican a las uniones estables de pareja formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente...*”. No obstante, la nueva norma se dividió en dos capítulos, encabezados por los mencionados preceptos cada uno: el primero, dedicado a las parejas estables heterosexuales y el segundo, que regulaba las

¹²³ Rico Íñigo, Marta: *La pareja de hecho. Reflexiones en torno a su regulación legal en Cataluña*; en la obra colectiva de Roigé, Xavier, *Familias de ayer, familias de hoy. Continuidades y cambios en Cataluña*. Ed. Icària. Barcelona, 2006. Página. 430.

¹²⁴ Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, n° 299, 11 de junio de 1998, páginainas 24112 a 24167.

parejas estables homosexuales. En primer término, esto suponía claramente un contenido diferente en derechos y obligaciones, según se tratase del conjunto de derechos y obligaciones de una pareja heterosexual o bien homosexual, con lo que claramente se fijaban condiciones diferentes y, por ello, el Parlamento de Cataluña configuraba un sistema discriminatorio tanto para la parejas homosexuales, como para las heterosexuales, si bien tomando un punto de partida común, que era la existencia de una unión de pareja. La ley partía de unos rasgos comunes para ambos “tipos” de parejas estables, como los aspectos relativos a la regulación interna de la relación (artículos 3 y 22, relativos a las parejas heterosexuales y homosexuales, respectivamente), la consideración de gastos comunes (artículos 4 y 23), la responsabilidad solidaria de los miembros de la pareja con respecto de los gastos comunes (artículos 5 y 24), el derecho de tutela entre ambos miembros de la pareja, ante supuestos de incapacitación (artículos 7 y 25), el derecho de alimentos entre los convivientes (artículos 8 y 26), la fijación de determinados beneficios a favor de funcionarios constituidos en pareja estable (artículos 9 y 27), las limitaciones de disposición de la vivienda común (artículos 11 y 28), la extinción de la relación y los efectos de la ruptura de la relación (artículos 12, 17, 29 y 30), la posibilidad de establecer una compensación económica entre los convivientes o bien una indemnización, ante supuestos de ruptura de la relación (artículos 13, 14 y 31) y el límite temporal de caducidad de un año para el ejercicio de los derechos entre convivientes (artículos 16 y 32).

A pesar de que a través de lo expuesto, es más que evidente que no existían ni existen dos “tipos” de pareja estable, la Ley 10/1998 fijó diferencias muy notables entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, basándose en un razonamiento esgrimido en el Exposición de Motivos de la Ley, que fue claramente simplista: *La pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica, la segunda no.* De este planteamiento tan simple como clarificador del punto de vista del Gobierno de la Generalitat, se extraían una serie de consecuencias: la primera, que la pareja heterosexual era preferible que contrajese matrimonio, ya que sólo de esa forma tendría la plenitud de derechos que el matrimonio otorga a sus miembros, por lo que si un hombre y una mujer no se casaban *por voluntad propia*, debían por ello ser en

cierta forma sancionados o bien ignorados por el ordenamiento, vedándoles ciertos derechos propios e indiscutidos de la pareja matrimonial, como por ejemplo, el derecho sucesorio; la segunda, que según la afirmación trascrita, de que las parejas homosexuales no eran capaces de engendrar descendencia biológica, se estaba mirando hacia otro lado y con ello negando una realidad que ya en 1998 estaba muy extendida: las personas a nivel individual podían adoptar hijos y estos niños acababan siendo criados en pareja, como hijos de ambos miembros de la unión estable, si bien a nivel jurídico no podían verse vinculados a los dos miembros de la pareja, porque hasta 2005 ello fue imposible. Pero por otra parte, se estaba ignorando (o más bien no quería reconocerse) que las técnicas de reproducción asistida se estaban aplicando en España a parejas de mujeres que de esta forma sí tenían una descendencia biológica y no sólo adoptiva, viéndose sus hijos en el mismo problema ya expuesto, al no poder quedar vinculados jurídicamente a su pareja, suponiendo esto algo mucho más cruel que el mero hecho de que se pueda sancionar a los miembros de la unión estable, pues con ello los sancionados eran, de paso, sus hijos.

La consecuencia de esta diferenciación en dos “tipos” de parejas estables, radicó en que las parejas heterosexuales contaron desde 1998 con el reconocimiento del derecho a la adopción conjunta por parte de sus miembros (artículo 6), si bien las parejas homosexuales no contaron con esta facultad, hasta la modificación de la Ley 10/1998, de Uniones Estables de Pareja, por medio de la Ley 3/2005, de 8 de abril, que modificó el Código de Familia y derogó el artículo 6 de la Ley de Uniones Estables de Pareja, admitiendo desde entonces y directamente en el mismo Código de Familia que las parejas homosexuales pudieran adoptar hijos. Con ello se abrió la puerta a que cientos de parejas homosexuales en que ya había hijos, cuya filiación venía únicamente establecida a favor de uno de sus miembros, vieran como el otro miembro de la pareja determinaba también la filiación de los hijos a su favor, por medio de un procedimiento de adopción.

La otra cara de la moneda se encontraba en que las parejas homosexuales contaron a través de la Ley 10/1998, en sus artículos 34 y 35, con derechos sucesorios ante el fallecimiento de uno de sus miembros. Esta posibilidad no se brindó a las parejas heterosexuales, que en caso de no contar con una delación testamentaria, no podrían

heredarse entre sí, en caso de fallecimiento. A su vez, esta discriminación mostrada hacia las parejas heterosexuales fue debidamente corregida, años más tarde, al elaborarse la Ley 10/2008, de 10 de julio, que aprobó el Libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

En segundo lugar, la Ley abría una cruda polémica que partía de la configuración que se estableció al regular la forma de constitución de las parejas estables: por un lado, el mismo artículo 1 determinó que existía unión estable de pareja heterosexual, en los casos de que sus miembros otorgasen escritura notarial en que quedase patente la voluntad de constitución de la relación estable, o bien sus dos miembros tuvieran descendencia común, o simplemente mantuviesen una convivencia conjunta demostrable, por un período ininterrumpido de dos años, todo ello sin perjuicio de los impedimentos personales para poder constituir la unión estable: el de vínculo matrimonial previo y el de contar con vecindad civil catalana, por lo menos uno de sus miembros. Estas previsiones fueron criticadas desde su génesis parlamentaria, por diversas razones: la primera, consistente en que obligaba a recabar el servicio de un notario, imponiendo con ello un coste añadido que la celebración de matrimonio civil no conllevaba.

La segunda, que la única base documental constitutiva de la relación estable se dejaba en manos de la escritura notarial y no en la posibilidad de inscripción de la relación de pareja estable en un registro público, ya fuera un Registro Municipal, o bien y previa modificación de la Ley reguladora del Registro Civil, en una sección creada al efecto, o como luego sucedió en otras Comunidades autónomas, creando un registro autonómico al efecto. En este sentido, debe advertirse que ya en la celebración de la Vª Asamblea de la Coordinadora Gay-Lesbiana de Cataluña, celebrada en Barcelona el 10 y 11 de octubre de 1991, respaldó la creación de registros de parejas homosexuales al cual pudiera accederse para inscribir una escritura notarial de convivencia, a los efectos probatorios ante tribunales y administraciones públicas.

Al hilo de esta demanda, el Ayuntamiento de Vitoria creó el primer Registro Municipal de Uniones Civiles en España, el 28 de febrero de 1994, que permitía tanto la inscripción de relación estable, con independencia de la orientación sexual de sus

miembros, como también los eventuales contratos reguladores de relaciones personales y patrimoniales entre sus miembros. El Decreto municipal, basado en los derechos al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad ante la ley que *“demandan de todos los poderes públicos la promoción de las condiciones para que esa libertad e igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, debiendo ser removidos los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”*, ya que tal como el Decreto afirma respecto de las parejas homosexuales, no deben *“estimarse de peor calidad humana y social sus relaciones personales o de menor entidad jurídica sus obligaciones paternofiliales”*, entendiéndose por ello de justicia que tanto parejas homosexuales, como heterosexuales *“deben gozar de la misma protección social, económica y jurídica que las uniones matrimoniales y las familias por ellas originadas, a fin de garantizar el respeto y la promoción de los antedichos principios fundamentales de libre desarrollo de la personalidad y de igualdad de todos los ciudadanos”*, debiendo exigirse un trato idéntico para las parejas homosexuales, *“una vez superados los injustificables reparos sociales que han venido marginando, e incluso criminalizando, a quienes por su congénita orientación sexual demandan una vida en común con otras personas del mismo sexo”*.

Tras la creación del Registro de parejas de Vitoria, otros Municipios fueron creando los registros propios¹²⁵ y, en el ámbito de Cataluña, desde 1993 en adelante, se vio favorecido una corriente impulsada por diversos Ayuntamientos catalanes, a través de Decretos de sus Alcaldes, que fueron creando progresivamente los denominados Registros Municipales de Parejas de Hecho¹²⁶. De esta forma, municipios como Sabadell, Barcelona, Hospitalet de Llobregat, Badalona y una larga lista, crearon estos Registros públicos que únicamente sirvieron para dejar constancia del hecho en sí: la existencia de una relación estable de pareja entre dos personas, bien fueran heterosexuales, o bien homosexuales. Sin embargo, la tramitación del Proyecto de Ley obvió en todo momento la preexistencia de

¹²⁵ Sant Joan Despí, Elche, Granada, Barcelona, Leganés, Getafe, Sabadell, Terrassa, Hospitalet de Llobregat, Guadix, Logroño, la Comunidad autónoma del Principado de Asturias, y otros.

¹²⁶ Pérez Cánovas, N. *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Editorial Comares, página 130, Granada, 1996, páginas 298-302.

estos Registros Municipales, por lo que la constancia pública de la constitución de la relación estable de pareja quedaba así en manos de los miembros de la pareja. Así, desde la publicación de la Ley 10/1998, en julio del mismo año y su posterior entrada en vigor, en el mes de octubre, los Registros Municipales de Cataluña fueron perdiendo progresivamente inscripciones posteriores y sólo se acudía a los mismos por las personas interesadas en los supuestos de requerir expresamente certificaciones de las correspondientes secretarías municipales, cuando a partir del año 2011¹²⁷ y, en algunos casos con anterioridad, se hizo posible la obtención de ventajas a las personas extranjeras que o bien contrajesen matrimonio con personas españolas, o bien acreditaran la inscripción en un registro municipal de parejas de hecho de esta situación familiar. A la postre, esta situación ha venido generando serios conflictos ante Organismos públicos como los Servicios de control de Extranjería, o bien la Seguridad Social, en el momento en que para la solicitud de determinadas prestaciones, éstas han sido denegadas a las personas solicitantes, bajo el argumento de aplicación literal de las normas sectoriales que exigen acreditar la existencia de una relación de pareja estable exclusivamente a través de un certificado de registros de parejas de hecho y no por medio de los sistemas de acreditación que los derechos civiles autonómicos han ido configurando al efecto y al margen de un sistema específico registral.

Una tercera crítica a la Ley 10/1998, de Uniones Estables de Pareja, unida a las dos anteriores, provenía de que la falta de una obligada inscripción y constancia pública de la existencia de una pareja estable, suponía que se dejaba abierta la puerta al fraude, ya que nada impedía que una persona otorgase escritura de constitución de relación estable de pareja en una notaría un determinado día a una hora concreta, otorgando en otra notaría una nueva escritura con una tercera persona con la que nada impediría la sucesiva constitución de una nueva relación de pareja estable, todo ello claro está, sin perjuicio de las consecuencias penales que pudiera tener el hecho de efectuar manifestaciones falsas en documento público.

¹²⁷ Real Decreto 557/2011, que aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería.

La cuarta crítica que se hizo a la Ley 10/1998, de Uniones Estables de Pareja, se basaba en la afirmación de que la norma concedía más derechos a las parejas homosexuales, que a las heterosexuales, porque éstas no podían contraer matrimonio. En este sentido, los miembros de las parejas homosexuales veían reconocidos derechos hereditarios propios del matrimonio, que no se contemplaban para las parejas heterosexuales y esto llevó, por ejemplo, a que se afirmase una discriminación positiva hacia la pareja de personas homosexuales¹²⁸. Sin embargo, esto era claramente una discriminación negativa hacia las parejas heterosexuales, a las que suponía un evidente perjuicio la diferenciación entre las dos categorías de relación de pareja y, por añadidura, supuso en aquel momento un refuerzo a las tesis de que no se podría obtener en modo alguno el derecho a contraer matrimonio para las parejas homosexuales.

Y una quinta y no menos importante crítica se centró en lo que para muchos suponía un ataque a la libertad individual, por el hecho de que la Ley 10/1998, de Uniones Estables de Pareja configuraba que la mera convivencia de los miembros de la pareja, durante dos años ininterrumpidos y de forma demostrable, exclusivamente en el caso de las parejas heterosexuales, equivalía a la constitución automática de la relación. Este mismo requisito constitutivo de la relación fue seguido por diversas leyes posteriores e incluso mantenido desde el año 2011, por el Libro II del Código Civil de Cataluña, que derogó y sustituyó en sus artículos 234-1 a 234-14 la Ley inicial de 1998, ampliando también el supuesto de constitución por mera convivencia de dos años ininterrumpidos y demostrables a las parejas homosexuales. Pues bien, aunque hasta la fecha no se han planteado objeción formal alguna en el caso de Cataluña, basada en el discutible ataque a la libertad individual, lo cierto es que la cuestión sí ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional, a través del recurso de inconstitucionalidad planteado por ochenta y tres diputados del Partido Popular en el Congreso de los Diputados, promovido contra la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. La Ley Foral estableció que una

¹²⁸ Villagrasa, Carlos y Rico, Marta: *Les unions estables de parella: noves tendències legislatives a Catalunya*. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 2007.

pareja estable se veía constituida en Navarra, como consecuencia de la convivencia continuada e ininterrumpida de un año, estableciendo así un período más breve que el determinado para Cataluña, de dos años. La conclusión del Tribunal Constitucional se manifiesta en su Sentencia 93/2013, de 23 de abril de 2013, que estima en parte el recurso y deroga la posibilidad de constitución de la unión de pareja por la mera convivencia continuada, al determinar que *“El problema queda, por tanto, cifrado en los límites que la propia esencia de la unión de hecho impone al legislador cuando éste decide supeditar su reconocimiento a ciertas condiciones o atribuir determinadas consecuencias jurídicas a tal unión. Obviamente, el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el artículo 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja”*.

Este planteamiento consistente en la no aceptación de que la mera convivencia de dos personas durante un período de tiempo determinado fuera el elemento constitutivo válido de una relación estable de pareja ha alcanzado incluso unas cotas realmente preocupantes en la Jurisprudencia constitucional, que se ve plasmada en la Sentencia 23/2014 del Pleno del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2014, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 932/2012, planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, contra el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, referido con anterioridad. El precepto en cuestión regula las prestaciones por supervivencia, mediante la conocida socialmente pensión de viudedad. Como antes ya se comentó, en 2011 los beneficiarios de la pensión fueron ampliados también a los supuestos de las parejas estables, configurando una serie de requisitos realmente estrictos a nivel económico, que

impiden en la práctica que el superviviente de la relación pueda obtener de forma efectiva el reconocimiento del derecho a la percepción.

Uno de los requisitos esenciales para la petición de la pensión se encuentra en la acreditación ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social de que, efectivamente, existió una relación de pareja estable entre ambas personas. Y, de esta forma, existió un párrafo dedicado a la cuestión, que advertía que *“En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”*, de manera que, por ejemplo, en el caso de Cataluña, que contempla la existencia de una relación de pareja estable cuando sus miembros pueden acreditar la convivencia continuada de dos años, debería bastar la demostración por cualquier medio válido en Derecho a los fines de concesión de la prestación por fallecimiento del conviviente.

Ahora bien: la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2014 se ha limitado a declarar inconstitucional el párrafo transcrito del precepto, entendiendo que a través del mismo se conculca el artículo 14 de la Constitución, relativo al derecho a la igualdad ante la ley, dado que al no existir un derecho civil propio en cada comunidad autónoma o bien no existir una regulación común en la materia, esto quiebra el principio de igualdad de trato y, por lo tanto, la única forma de acreditación de la existencia de una relación estable de pareja se encontrará en las fórmulas que el mismo artículo 174 exige y que por otra parte son ajenas e ignoran el Derecho civil propio de aquellas Comunidades autónomas con regulación civil propia, pero también de aquellas otras que puedan haber regulado las parejas de hecho desde un nivel competencial más reducido, dándose en ese caso una situación paradójica: las Autonomías que, aun no teniendo competencias en materia de Derecho civil sí contasen con un registro de uniones estables o, incluso los Municipios que sí lo tuvieran, podrán brindar una acreditación directa de las relaciones de pareja que, por ejemplo, Cataluña no podría ofrecer en este momento, ya que no cuenta con un registro al efecto, no se admitiría la mera convivencia continuada y tampoco la escritura notarial, como base constitutiva de la relación sería admitida por la Seguridad Social.

Finalmente, debe advertirse que la Ley 10/1998, de Uniones Estables de Pareja de Cataluña, fue derogada y su contenido sustituido por el Libro II del Código Civil de Cataluña, vigente desde el 1 de enero de 2011, mediante la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Parlamento de Cataluña.

La legislación en materia de uniones estables de pareja que se vio iniciada con la Ley catalana de 1998 se vio progresivamente adoptada por otras Comunidades autónomas con posterioridad:

- Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas.
- Navarra: Ley 6/2000, de 3 de julio, de parejas estables.
- Comunidad Valenciana: Ley 1/2001, de 6 de abril, de uniones de hecho¹²⁹.
- Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas estables.
- Comunidad de Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.
- Principado de Asturias: Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables.
- Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.
- Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Parejas de Hecho.
- Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo de Parejas de Hecho.
- País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, de Parejas de Hecho.
- Cantabria: Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho.
- Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio, del Derecho Civil de Galicia.

De todas las Comunidades citadas, además de Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares, País Vasco, Galicia y, de forma sobrevenida, la Comunidad Valenciana¹³⁰, tienen

¹²⁹ Esta Ley ha sido sustituida por la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana, derogada en parte a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, de 9 de junio, BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO 170, de 15 de julio.

¹³⁰ Tales competencias en materia de Derecho civil foral se recogen en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, si bien la asunción de dicha competencia queda más que entredicho, a través de la ya

competencias en el desarrollo y legislación en materia de Derecho civil propio. Por ese motivo, no todas las leyes autonómicas en la materia han podido desarrollar a un mismo nivel la regulación de las parejas estables, de forma que el resto de comunidades se han visto limitadas a una regulación más administrativa que civil.

Y, si bien en los Parlamentos autonómicos, la cuestión ha sido progresivamente tomada en consideración, no ha sucedido lo mismo con respecto de las Cortes Generales. Al margen de las proposiciones de 1993 ya comentadas, no fue hasta la VI Legislatura, concretamente en 1997, cuando fueron planteadas en paralelo a la tramitación de la Ley de Uniones Estables de Pareja del Parlamento de Cataluña, diversas proposiciones de Ley al respecto. De esta manera, el 4 de abril de 1997, el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria presentó a su vez una nueva Proposición de Ley, por medio de la cual propuso la equiparación de derechos de las parejas casadas, con las parejas de hecho “*con independencia de su orientación sexual*”. De entrada, bastaba con un año de convivencia común para adquirir los derechos reconocidos por la Ley, siendo suficiente la inscripción en un registro autonómico, a fin de acreditar la relación. En segundo lugar, se preveían modificaciones del Código Civil, en materia de reclamación de alimentos y sucesión intestada (concediéndose derechos sucesorios en caso de fallecimiento de la pareja que no hubiese otorgado testamento). Se proyectó igualmente la modificación del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de la Seguridad Social, admitiéndose la concesión del auxilio por defunción, pensión por fallecimiento, indemnización especial por accidente o enfermedad profesional y asistencia sanitaria pública. Asimismo, se previó la modificación del régimen de la Función pública y de la Ley de Clases Pasivas, haciendo posible la pensión por fallecimiento y la excedencia voluntaria del funcionario por la agrupación familiar, así como incluyéndose al conviviente que debiera suceder al compañero difunto entre la lista de familiares directos, por lo que al Impuesto de Sucesiones se refiere. En resumen: una Proposición que equiparaba correcta y sencillamente las uniones de hecho

mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, de 9 de junio, BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO 170, de 15 de julio.

con determinados derechos reservados tan sólo al matrimonio¹³¹. La proposición de Ley pretendía una modificación de otras normas jurídicas, como el Código civil o leyes tributarias, en que se equiparaban los efectos del matrimonio a las parejas de hecho directamente, sin crear un cuerpo legal propio y distinto al matrimonio y a la regulación de la familia. La discusión relativa a la admisión a trámite de la Proposición comportó un vivo debate parlamentario que concluyó con la curiosa situación de que los partidos que apoyaban al gobierno (Partido Popular, Convergència i Unió y Partido Nacionalista Vasco) perdiesen la votación inicial ante el voto favorable de una diputada popular (Celia Villalobos).

Inmediatamente, el 17 de abril de 1997, el Grupo Parlamentario del Partido Popular presentó una réplica al anterior texto, por el que se proponía instituir en España el denominado *Contrato de Unión Civil*¹³², inspirado en los proyectos legislativos previstos en Francia en aquellos momentos¹³³. El contrato de unión civil podía ser en aquel entonces justificable en Francia, dado que el Consejo de Estado Francés se había pronunciado expresamente prohibiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, cosa sobre la que el Tribunal Constitucional español jamás se había manifestado. Se trató, por tanto, de una visión claramente oportunista por parte del Partido en el Gobierno, mediante la cual sólo se pretendió paralizar la tramitación de la Proposición canaria, sin que al mismo tiempo se mostrase por parte del Gobierno la clara voluntad de hacer prosperar su propia iniciativa, que acabó caducando al final de la Legislatura, viendo aparcada y paralizada en su tramitación ante el Congreso. El Partido Popular centró su propuesta en la idea de que dos personas contratasen expresamente su convivencia. Sólo entonces se les concederían los beneficios pactados por los contratantes y previstos en la Ley. Pero el problema se centraba en este caso en que no se hablaba de la unión afectiva, la unión marital o la unión de

¹³¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, B-90-1, de 14 de abril de 1997.

¹³² Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados Núm. B-117-1 de 29/09/1997

¹³³ Artículo 515-1 del Código civil francés: “*un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune*” (Un pacto civil de solidaridad es un contrato concluido por dos personas físicas mayores de edad, de sexo diferente o del mismo sexo, con el objeto de organizar su vida en común. –Traducción del autor-)

afectividad análoga a la conyugal de dos personas, sino que se trata del *acuerdo en vivir juntos y prestarse ayuda mutua*, desnaturalizándose la esencia de la relación de pareja estable, para crear un “*totum revolutum*” intentando así “*no discriminar formas de convivencia no basadas en el afecto sexual, sino en la amistad, el compañerismo, la ayuda mutua...*”. Es decir, se equiparaba una relación de pareja con la convivencia de dos amigos, dos estudiantes que comparten piso o situaciones análogas, que nada en absoluto tienen que ver con lo que se supone base de la cuestión.

La proposición de ley partía de entender que son los convivientes (o contratantes) quienes pactan lo que les sea conveniente. Por tanto, lo no pactado no queda suscrito y no les habría sido de aplicación. Además, no se concedería vigencia al “contrato” hasta transcurrido un año desde su formalización ante Notario. Por ello la duda se hacía inminente: ¿qué pasaría si el matrimonio no produjese efectos hasta transcurrido un año de su celebración?. La proposición caía también en otro error común con la propuesta canaria, consistente en que no se previó inicialmente ningún derecho en los casos de separación de la pareja, llegando así a la posible desprotección de una de las partes, generándose con ello una nueva discriminación respecto del matrimonio. Por último, mientras la ley de Arrendamientos Urbanos supuso un claro avance en el reconocimiento de derechos a la pareja de hecho, *con independencia de su orientación sexual*, la Proposición popular sólo permitía que fuese el cónyuge viudo o quien estuviese unido por contrato de unión civil con un arrendatario difunto quienes pudieran subrogarse en el contrato de arrendamiento de vivienda, lo cual supone a todas luces un evidente paso atrás, dado que la relación de hecho es a veces la única salida con que cuentan muchas parejas que no es que no quisieran, sino que no podían contraer matrimonio o, legalmente, tampoco podrían haber suscrito un *contrato de unión civil*.

De forma sucesiva a las dos proposiciones de ley ya examinadas, como respuesta a ambas y con la intención de no alineamiento con ninguna de ellas, el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió en el Congreso de los Diputados presentó una Enmienda a la

Proposición canaria, el 28 de octubre de 1997¹³⁴, por la que se intentaba llegar a un sistema mixto basado en el canario y el entonces tramitado por el Parlamento catalán, incluyendo en la regulación de las relaciones de pareja dos situaciones que nada tienen que ver con la misma y que suponen de nuevo la pérdida de la noción de la realidad: *las relaciones de convivencia de dos o más personas (?)* y *las situaciones de acogimiento*, por lo que con ello se pretendía desnaturalizar completamente la cuestión.

Como puede deducirse, todas las iniciativas legislativas que se plantearon ante el Congreso de los Diputados en la VI Legislatura acabaron en el olvido, la Legislatura concluyó en el año 2000 y en los cuatro años siguientes de la VII Legislatura, con mayoría del Partido Popular, fueron presentadas de nuevo tres iniciativas al respecto, por parte de los grupos parlamentarios socialista¹³⁵, de Convergència i Unió¹³⁶ y del Grupo Mixto¹³⁷. La iniciativa socialista y la del Grupo mixto preveían una regulación simple, a través de dos o tres artículos, la regulación del concepto de lo que era la pareja de hecho y su acreditación, basada en un sistema registral, para seguidamente, prever la modificación de diversas normas (el Código civil, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de la Seguridad Social, la de clases pasivas del Estado y diversas normas tributarias), dando una aparente simplificación a la cuestión, al remitir el conjunto de derechos y obligaciones a las mismas normas jurídicas que los reconocían a los matrimonios. Por su parte, la iniciativa casi simultánea a las anteriores, planteada por Convergència i Unió, pretendía la creación de un cuerpo propio para las parejas de hecho, a través de un sistema relativamente similar al ya existente en Cataluña desde 1998, si bien en este caso y a nivel formal no diferenciaba en capítulos aparte las parejas heterosexuales de las homosexuales, dedicando un segundo capítulo a las modificaciones legales que entendía necesarias, del Código civil, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley reguladora del Habeas Corpus, Estatuto de los

¹³⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados Núm. B-90-13 de 21/11/1997.

¹³⁵ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES Congreso de los Diputados Núm. B-122/23, de 25 de abril de 2000.

¹³⁶ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES Congreso de los Diputados Núm. B-122-34, de 8 de mayo de 2000.

¹³⁷ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES Congreso de los Diputados Núm. B-122-48, de 29 de mayo de 2000.

Trabajadores, Ley General de la Seguridad Social, Ley reguladora de la Función pública, Ley de Clases Pasivas del Estado y normas tributarias. En todo caso, sí existía una línea común a todas las proposiciones de ley: la equiparación de derechos de la unión estable de pareja con el matrimonio habría llegado a un nivel claramente importante, en caso de haber prosperado alguna de estas iniciativas. Pero lamentablemente, en ningún supuesto se preveía una equiparación de las parejas estables homosexuales con el matrimonio, a los efectos de filiación conjunta de sus dos miembros.

Por último, ya en la VIII Legislatura, bajo el primer Gobierno de D. José Luis Rodríguez Zapatero, el grupo parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds planteó la que hasta la fecha ha sido la última iniciativa legislativa cursada ante las Cortes Generales para brindar un marco jurídico a las parejas estables¹³⁸, que partía del esquema ya visto de definir la pareja de hecho y determinar cómo debería acreditarse, para concluir con un Título II centrado en la modificación de otras normas jurídicas que permitieran una equiparación de derechos y obligaciones con el matrimonio. La gran novedad que en este caso se propuso se centró en la modificación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificaba el Código civil en materia de adopción. Esto suponía un claro paso adelante, puesto que por primera vez se reconocía una verdadera equiparación de derechos de las parejas estables, puesto que tanto los miembros de la unión estable homosexual, como la unión de pareja heterosexual habrían podido establecer conjuntamente la filiación de sus hijos, a través de la adopción que con esta reforma habrían podido llevar a cabo las parejas estables homosexuales.

Una vez más y muy lamentablemente, la iniciativa legislativa acabó languideciendo y el interés en la tramitación se perdió por los diferentes grupos parlamentarios, incluido el proponente, dado que meses después, en enero de 2005, fue presentada ante el Congreso de los Diputados por parte del Gobierno el Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil

¹³⁸ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES Congreso de los Diputados Núm. B-122-34, de 23 de abril de 2004.

en materia de derecho a contraer matrimonio¹³⁹. Con la aprobación del Proyecto de Ley, en junio de 2005, se ha extendido una lamentable corriente de opinión que afirma que esta reforma del Código civil garantiza que todos los derechos están obtenidos para las parejas de hecho, ignorando con ello que la unión de pareja no sólo es homosexual, sino también heterosexual y que, en todo caso, las parejas estables, con independencia de la orientación sexual de sus miembros, mantiene su desprotección y la igualdad de derechos y obligaciones continúa brillando por su ausencia para estas uniones familiares.

En todo caso, actualmente en España no sólo se ha llegado a una situación en que la aceptación social de la pareja estable es más que evidente y, salvo para mínimos sectores, no merece reproche alguno, sino que incluso a nivel general, se contempla la relación de pareja estable como un rito de tránsito, previo al matrimonio, que convierte la celebración de éste en la confirmación definitiva de la viabilidad de la relación entre dos personas¹⁴⁰. Esta aceptación de la pareja estable también se justifica por algunos autores en la toma de conciencia en el ejercicio de la propia libertad de los miembros de la unión de pareja¹⁴¹Y, por otra parte, nos enfrentamos a una diversidad de regulaciones que configuran un sistema plurilegislativo heterogéneo, en que no existe un concepto unitario de este tipo de uniones, se les da una denominación diversa (parejas de hecho, uniones estables de pareja, uniones de hecho, parejas estables o, incluso, parejas no casadas) y que inciden en regular múltiples supuestos que dan una mayor dificultad a su aplicación¹⁴²

¹³⁹ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES Congreso de los Diputados Núm. A-121-18, de 12 de enero de 2005.

¹⁴⁰ Meil Landwerlin, Gerardo: *La pareja en los proyectos vitales de los jóvenes*, Revista de Juventud, Madrid 2004, en goo.gl/fP1dHt, a 24/03/2017, páginas. 54-55

¹⁴¹ Puig Ferriol, Lluís y Roca Trias, Encarna: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Tirant lo Blanch Llibres, València, 1998. Página. 445.

¹⁴² Villagrasa Alcaide, Carlos: *Las parejas de hecho: una realidad con distinto tratamiento*, Centro de documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial-XXIV, Madrid, 2005, páginas. 5-66.

2.1.2. REGULACIÓN POSITIVA.

Como se colige de lo expuesto hasta aquí, no existe una legislación común para el conjunto del territorio nacional que regule los derechos y obligaciones con que las parejas estables puedan contar. Esta falta de regulación a nivel nacional supone una clara dejación de las Cortes Generales, en cuanto a su obligación constitucional de dar cobertura jurídica a la ciudadanía, en virtud de los artículos 9 y 149.1.8º, respecto de la regulación en materia de Derecho civil. Para Carlos Martínez de Aguirre¹⁴³, existen dos justificaciones para entender la competencia en la materia es del Estado, de forma que las Comunidades autónomas sólo podrán regular las parejas estables dentro de los límites fijados por el citado artículo 149.1.8º CE: la primera de las justificaciones se basa en la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 4 y 5 de la Ley 11/2001, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, o la declaración de la Ley 5/2012, de la Comunidad valenciana en materia de parejas estables. La segunda de las justificaciones la encuentra el autor en la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2.3 de la Ley Foral Navarra 6/2002, que establecía una norma de conflicto, tratándose la cuestión exclusivamente de una competencia del Estado.

A estos efectos, la legislación estatal regula reconoce la posible existencia de las parejas estables, pero únicamente para equiparar diversos efectos entre matrimonio y pareja estable, sirviendo de ejemplos del Código Civil: el artículo 101 (respecto de la extinción de la pensión compensatoria), 320.1 (emancipación judicial), 175.4 (capacidad para adoptar), o bien 12.4, 16.1 b y 24.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Merece también la pena considerar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y buena parte de la doctrina científica han acostumbrado a rechazar la aplicación genérica de

¹⁴³ Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos; *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*. Edisofer Libros Jurídicos, S.L., Madrid, 2016, páginas. 316-319.

las reglas del régimen económico matrimonial¹⁴⁴, admitiendo que a través de la autonomía de la voluntad de las partes, se admita la validez de los acuerdos patrimoniales entre las partes¹⁴⁵, incluso en el supuesto de que los pactos fueran tácitos, siempre que ello se base en actos concluyentes que supongan una conducta inequívoca¹⁴⁶, sin que la mera convivencia implique per se pacto tácito alguno¹⁴⁷, rigiendo este mismo punto de vista jurisprudencial con respecto de los bienes adquiridos por los convivientes, con aplicación en unos casos de las normas de la comunidad de bienes¹⁴⁸ y en otros, las reglas de la sociedad irregular¹⁴⁹. Incluso en opinión de Teodora Torres¹⁵⁰, no habrá inconveniente alguno en admitir la validez de los pactos por los que los convivientes pudieran establecer los efectos económicos de su relación y, en particular, la adopción de alguno de los sistemas económico-matrimoniales regulados por el Código civil, pero esta libertad de regulación de la relación económica no supondrá la equiparación entre pareja estable y matrimonio.

En cuanto a la posibilidad de reconocer una pensión o prestación por desequilibrio entre los miembros de la pareja estable, el Tribunal Supremo también ha desviado por lo general la posibilidad de reconocer la misma al amparo de lo dispuesto por el artículo 97,

¹⁴⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1992, 22 de julio de 1993, 11 de mayo de 1994, 4 de junio de 1998, 17 de enero de 2003, 23 de noviembre de 2004 ó 7 de julio de 2010; Gavidía Sánchez, José Vicente: *¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?* Revista Jurídica del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 1999, nº 32, páginas. 255-270.

¹⁴⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992, 21 de octubre de 1992, 17 de junio de 2003, 12 de septiembre de 2005, 8 de mayo de 2008.

¹⁴⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1993, 30 de diciembre de 1994, 22 de enero de 2001.

¹⁴⁷ Sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1998, 22 de enero de 2001, ó 29 de abril de 2008; Llebaría Samper, Sergio, *El patrimonio de las parejas de hecho*, en la obra colectiva *El patrimonio familiar, profesional y empresarial*. Editorial Bosch, Barcelona, 2005, páginas. 380-390; Roca Trias, Encarna, en *El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho*, Cedecs Derecho, Barcelona, 1996, Páginas. 90-100.

¹⁴⁸ Sentencias del Tribunal Supremo, de 2 de septiembre de 1991, 11 de octubre de 1994, 23 de julio de 1998.

¹⁴⁹ Sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1992, 18 de febrero de 1993 y 18 de marzo de 1995.

¹⁵⁰ Torres García, Teodora: *Régimen económico matrimonial y uniones de hecho*, en *Matrimonio y Uniones de Hecho*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001. Página.44.

sino que ha acudido a otras figuras como en enriquecimiento sin causa¹⁵¹, el principio de protección del conviviente perjudicado¹⁵², o incluso lo ha aplicado el artículo 1.902 del Código Civil, concediendo una indemnización por daños y perjuicios¹⁵³. La prestación compensatoria sólo la ha reconocido muy esporádicamente¹⁵⁴ aplicando directamente el artículo 97 del Código Civil, así como también ha admitido por analogía otros derechos propios del matrimonio, como el de la regulación de la vivienda familiar¹⁵⁵ (artículo 96). En todo caso, a través de la Sentencia de 12 de septiembre de 2005, el Tribunal Supremo llega a advertir que los artículos 96, 97 y 98 del Código Civil no pueden ser aplicados a las parejas estables, toda vez que tras la modificación llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil sobre el derecho a contraer matrimonio, las parejas estables las forman personas que se excluyen a sí mismas del matrimonio, por lo que debe entenderse que las obligaciones de esta institución no son aplicables a la pareja estable.

Esta situación comporta la clara existencia de una desigualdad territorial para la ciudadanía que lleva a que no sea lo mismo mantener una relación estable de pareja en Cataluña, en Galicia o en Andalucía. Es decir: no existe una regulación nacional para las parejas estables, pero sí existe una regulación particular generada por algunos Parlamentos autonómicos que provoca que no exista una uniformidad de derechos y obligaciones y que lleva incluso a situaciones en que existan soluciones dispares para supuestos idénticos para una pareja de hecho y sus miembros, a tenor de la vecindad civil y/o administrativa de las personas. A la postre, todo ello se complica enormemente, ya que al contrario de lo que

¹⁵¹ Sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1992, 27 de marzo de 2001, 17 de junio de 2003, 8 de mayo de 2008

¹⁵² Sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 2001, 17 de enero de 2003, 23 de noviembre de 2004 y 30 de octubre de 2008.

¹⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1996.

¹⁵⁴ Sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002.

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1996, 10 de marzo de 1998, 27 de marzo de 2001, 7 de abril de 2004, ó 1 de abril de 2011, si bien se rechazó la aplicación del artículo 96 CC en Sentencias de 20 de octubre y 30 de diciembre de 1994.

sucede respecto del matrimonio, no existe una norma de conflicto que permita dar una solución a la cuestión de averiguar qué norma reguladora es la aplicable al tema.

Por otra parte, el alcance de las diferentes leyes autonómicas en vigor no es el mismo en todos los casos: así, aquellas Comunidades que cuentan con competencias en materia de Derecho civil propio (Cataluña, Aragón, Baleares, Navarra, País Vasco, Galicia y Valencia) han podido brindar un catálogo de derechos y obligaciones muchísimo más amplio que en el caso de las Autonomías en que se ha justificado la existencia de la ley correspondiente en el desarrollo de competencias propias en materia de bienestar social y servicios sociales de la Comunidad autónoma¹⁵⁶. Con este conjunto normativo, se hace patente que la Jurisprudencia, fuente del Derecho que hasta la entrada en vigor de estas normas y única base jurídica para las parejas estables, encontraba por fin un marco y un límite a la vez en la resolución de los conflictos que por lo general provienen de situaciones de extinción de la relación, tanto contenciosa, consensual o bien *mortis causa*. Por ello, es evidente el paso adelante que ha dado el ordenamiento, al lograr un marco positivo y no sólo jurisprudencial que regule esta cuestión tan importante en este momento¹⁵⁷. Este marco normativo, formado nada menos que por trece leyes autonómicas, supone que la Jurisprudencia no deberá acudir sin más a la equidad o a plantear si cabe o no analogía entre el matrimonio y la unión estable de pareja, a la hora de dar una solución al litigio que se plantee a los tribunales. Pero lo cierto es que pese a la existencia de estas doce leyes, cada una en particular y todas en conjunto plantean claros problemas que piden con urgencia una regulación armonizadora para todo el territorio nacional, brindando una regulación concreta y común que se refiera a normas que quedan incluidas en el conjunto de competencias exclusivas del Estado, en materias como extranjería, tributación, Seguridad social, Derecho laboral y otras.

¹⁵⁶ Villagrasa Alcaide, Carlos: *Las parejas de hecho: una realidad con distinto tratamiento*, Centro de documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial-XXIV, Madrid, 2005, página. 30

¹⁵⁷ Pérez Ureña, Antonio; *Uniones de hecho. Estudio práctico de sus efectos civiles*. Edisofer, S.L., Madrid 2007. Página. 40; Villagrasa Alcaide, Carlos: *Las parejas de hecho: una realidad con distinto tratamiento*, Centro de documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial-XXIV, Madrid, 2005, página. 29.

Como podrá verse seguidamente, la regulación legislativa de las parejas estables ha huido del planteamiento que algunas de las proposiciones de ley de parejas de hecho llegaron al Congreso de los Diputados, al pretender únicamente la equiparación de derechos y obligaciones de las parejas estables con el matrimonio, cosa que a juicio doctrinal¹⁵⁸ y jurisprudencial¹⁵⁹ era imposible, al no darse entre las normas reguladoras del matrimonio y la unión estable de pareja la relación de semejanza que exige el artículo 4.1 del Código civil, para la aplicación analógica de las normas. Con ello se ha venido también manteniendo el criterio que ya sentó el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 184/1990, de 15 de noviembre, o 74/1997, de 21 de abril, ya comentadas, respecto del alcance del artículo 39 de la Constitución, relativo a la protección social, económica y jurídica reconocida constitucionalmente a la familia, advirtiendo que *la igualación entre una y otra clase de familias no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales*". No obstante, este criterio también había recibido matizaciones por parte del Tribunal Supremo y buena parte de la jurisprudencia menor de las Audiencias provinciales, pues *Las uniones libres aunque están carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza y así se desprende de la lectura de su artículo 32 en relación al 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho*¹⁶⁰.

Las trece legislaciones autonómicas que brindan una regulación positiva a las uniones estables de pareja son las relacionadas a continuación, por orden cronológico:

- **Cataluña:** la primera regulación de las parejas estables existente en España, como se ha expuesto, se basó inicialmente en la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables

¹⁵⁸ Puig Ferriol, Lluís y Roca Trias, Encarna: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Tirant lo Blanch Llibres, València, 1998, página. 447.

¹⁵⁹ Sentencias de 18 de febrero y 22 de julio de 1993 y 30 de diciembre de 1994.

¹⁶⁰ CENDOJ, Id Cendoj: 28079110011992100979.

de Pareja¹⁶¹. La norma original fue posteriormente modificada por la Ley 3/2005, de 8 abril, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de Adopción y Tutela, que modificaba el artículo 6 de la Ley, aceptando a través de las reformas simultáneas del entonces vigente Código de Familia de Cataluña, la adopción conjunta por parte de las parejas homosexuales. Finalmente, la ley original de 1998, fue sustituida por la vigente regulación catalana que se incluye en el Libro II del Código Civil de Cataluña, vigente desde el 1 de enero de 2011, mediante la Ley 25/2010, de 29 de julio¹⁶², del Parlamento de Cataluña.

- **Aragón:** La regulación inicial aragonesa se centró en la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas¹⁶³. Esta Ley aragonesa fue modificada por dos Leyes posteriores, en sus artículos 7 y 8 (relativos a los efectos patrimoniales y la prole común), por la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares, ante la ruptura de la convivencia de los padres, y en su artículo 10 (relativo a la adopción por parte de parejas no casadas en Aragón), modificado por la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley de parejas estables no casadas. Actualmente, la Ley inicial y sus modificaciones se han visto sustituidas por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón¹⁶⁴, que refunde toda la legislación civil foral aragonesa en este nuevo texto.

- **Navarra:** La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de parejas estables¹⁶⁵, fue la primera Ley reguladora de las parejas estables en España que equiparaba totalmente los derechos concedidos a las parejas estables. Por un lado, no distinguía entre parejas heterosexuales y homosexuales y, por otro, porque contemplaba abiertamente que las parejas homosexuales

¹⁶¹ Boletín Oficial del Estado. núm. 198, de 19 de agosto de 1998.

¹⁶² BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Núm. 203, Sábado 21 de agosto de 2010.

¹⁶³ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 95 Miércoles 21 abril 1999.

¹⁶⁴ Boletín Oficial de Aragón, núm. 63 de 29 de Marzo de 2011

¹⁶⁵ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 214, Miércoles 6 septiembre 2000.

podieran adoptar hijos conjuntamente. Esta norma ha experimentado dos modificaciones a través de la aprobación de normas posteriores y una profunda alteración, derivada de la acción del Tribunal Constitucional. Las primeras se operaron por medio del Decreto Foral Legislativo 250/2002, de 16 de diciembre, que modificó la Ley Foral reguladora del Impuesto de Donaciones y Sucesiones y, por ello, el artículo 13 de la Ley, dedicado al régimen fiscal aplicable a las parejas estables. La segunda modificación se ve referida al artículo 10 de la Ley, relativo a la guarda y régimen de los hijos de las parejas estables, que se vio modificado por la aprobación de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, que reguló la Custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha incidido en la configuración legal de las parejas estables navarras, a través de sus Sentencias del Pleno ya referidas, 93/2013, de 23 de abril y 23/2014 del Pleno del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2014 que ya fueron examinadas en el apartado anterior. Estas Sentencias afectan a los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11 y 12, al haberlos derogado total o parcialmente y obligan, en definitiva, a que la constitución de una pareja estable en Navarra no pueda derivar de la mera convivencia por un período de un año, como inicialmente se previó, haciendo por ello obligatoria la constitución mediante acta de notoriedad, o bien la descendencia común de los miembros de la pareja.

- **Comunidad Valenciana:** La situación de la Comunidad Valenciana ha sido realmente peculiar en esta materia, ya que partió de la regulación brindada por la Ley 1/2001, de 6 de abril, de uniones de hecho¹⁶⁶. Esta norma fue aprobada por las Cortes Valencianas, bajo la vigencia de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, que aprobó el primer Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. En este primer Estatuto, la Comunidad accedía a la autonomía a través del régimen previsto por el artículo 143 de la Constitución, por lo que al margen de la progresiva ampliación competencial que la Comunidad autónoma experimentó con los años, no sería hasta la reforma estatutaria, por medio de la Ley 1/2006, de Reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana, cuando

¹⁶⁶ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 112 Jueves 10 mayo 2001.

Valencia comenzó a ejercer la controvertida competencia exclusiva, regulada en el apartado segundo del artículo 49 del nuevo Estatuto¹⁶⁷ y que ya venía regulada anteriormente, de *Conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano*. La Comunidad Valenciana ha hecho uso de su competencia exclusiva con posterioridad, aprobando varias normas en materia de Derecho civil propio¹⁶⁸. De esta forma, las Cortes Valencianas aprobaron la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana¹⁶⁹, que derogaba la ley inicial de 2001, siendo éste el texto parcialmente vigente en la actualidad, a tenor de lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, de 9 de junio, B.O.E. 170, de 15 de julio, que entre otras cosas, dispuso que no era permisible que las Cortes Valencianas regulasen la cuestión, puesto que la pareja estable no había sido nunca objeto de regulación por el Derecho foral histórico valenciano, argumentando a raíz de la alegación del Letrado de las Cortes Valencianas, que aun en el supuesto de que el Derecho foral valenciano hubiera admitido figuras conexas con la pareja estable (la “*costum testamentària de l’one per l’altre*” o el “*fideicomiso foral*”) dichas figuras consuetudinarias no quedaron acreditadas ante el Tribunal Constitucional, tal como habría sido obligado en virtud del artículo 1.1 del Código Civil.

- **Baleares:** El Parlamento balear reguló las parejas estables, aprobando la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas estables. Esta norma sólo fue modificada en su

¹⁶⁷ El primer Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana reguló en su artículo 31 exactamente la misma fórmula relativa a la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano, si bien y en opinión de Luis Díez-Picazo, el precepto era *una norma de constitucionalidad más que dudosa, porque el artículo 149.1.8º de la Constitución permite la conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral allí donde existiera y era absolutamente imposible hablar de la preexistencia en el momento de promulgarse la Constitución de un Derecho civil valenciano (Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, página 111)*.

¹⁶⁸ Estas normas civiles son, junto con la Ley de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana: Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (*DOCV núm. 5475, de 22/03/2007, BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 95, de 20/04/2007*); Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (*DOCV núm. 6495, de 05/04/2011, BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 98, de 25/04/2011*); Ley 3/2013, de 26 de julio, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias (*DOCV» núm. 7079, de 31/07/2013, «BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO» núm. 222, de 16/09/2013*).

¹⁶⁹ Diari Oficial de les Corts Valencianes, 18/10/2012, núm. 6884, p. 28991.

artículo 5, por medio de disposición adicional de la Ley 3/2009, 27 abril, de modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento, aplicando a las parejas estables las previsiones relativas a las donaciones entre cónyuges y las condiciones de revocabilidad de las mismas.

- **Comunidad de Madrid:** La Comunidad de Madrid reguló las uniones estables de pareja, por medio de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid¹⁷⁰. Es necesario advertir que la Comunidad de Madrid es, junto a las todas las Autonomías que se citarán seguidamente, a excepción del País Vasco, una de las Comunidades carentes de competencias en materia de Derecho civil. Por ello, la regulación madrileña de las parejas estables se ciñe a una visión de derechos y servicios sociales, no pudiendo atribuir facultades directas en materia de Derecho civil a sus miembros, sino únicamente derechos ceñidos a normas administrativas madrileñas. No obstante, la Ley incide de una forma curiosa en la atribución de derechos de compensación por la extinción de la relación de hecho, siempre y cuando éstos sean pactados en documento público por sus miembros, de forma que para *Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil* (artículo 4.2)

- **Principado de Asturias:** El parlamento asturiano reguló la cuestión con la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables¹⁷¹. Esta norma no incide en materias civiles en su regulación, sino exclusivamente en las mismas cuestiones administrativas que se han comentado respecto de la ley madrileña.

- **Andalucía:** El Parlamento de Andalucía dio regulación a las parejas estables, por medio de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho¹⁷², también limitada en

¹⁷⁰ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 55, Martes 5 marzo 2002.

¹⁷¹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 157, martes 2 julio 2002.

¹⁷² BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 11, de 13 de enero de 2003.

su reconocimiento de derechos y obligaciones, como consecuencia de la inexistencia de competencias autonómicas civiles.

- **Canarias:** La Comunidad autónoma de Canarias reguló las parejas estables por medio de la Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Parejas de Hecho¹⁷³, que ha sido modificada por dos Leyes posteriores: la primera, la Ley 4/2012, de 25 junio, de medidas administrativas y fiscales, modificadora de los artículos 2 (requisitos personales de los miembros de la pareja estable), 3 (naturaleza del Registro Autonómico de parejas estables), 4 (de la inscripción de las parejas en el Registro), 5 (de la publicidad y cesión de datos del Registro de parejas), la disposición adicional única (relativa a la creación de Registros municipales de parejas estables) y la disposición transitoria Segunda (de los efectos de la inscripción de las parejas en los Registros Municipales). La segunda norma modificativa de la Ley canaria fue la Ley 12/2006, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad autónoma de Canarias para 2007, que modificó el artículo 12 de la norma, que permitió la aplicación de las normas de derecho público canario que ya se venían aplicando a los matrimonios, a las parejas estables canarias.

- **Extremadura:** El Parlamento de Extremadura reguló las parejas estables mediante la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad autónoma de Extremadura¹⁷⁴, que no ha experimentado modificación alguna y se ve también ceñida a las limitaciones competenciales obligadas por el Estatuto de autonomía.

- **País Vasco:** Euskadi es una de las Comunidades autónomas con competencia exclusiva en materia de Derecho civil propio. Esto llevó al Parlamento Vasco a aprobar la Ley 2/2003, de 7 de mayo, de Parejas de Hecho¹⁷⁵, que venía a mantener el esquema amplio de derechos y obligaciones a las parejas estables, tanto a las parejas heterosexuales, como homosexuales, respecto de derechos hereditarios y derecho a la adopción. La norma

¹⁷³ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 89, lunes 14 abril 2003.

¹⁷⁴ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 111 Viernes 9 mayo 2003.

¹⁷⁵ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 284 Viernes 25 de noviembre de 2011.

no ha experimentado modificaciones desde su entrada en vigor, si bien en un principio fue presentado recurso de inconstitucionalidad por parte de la Presidencia del Gobierno, bajo en último Gobierno de José María Aznar, que posteriormente fue desistido en 2005, por el Presidente del Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero.

- **Cantabria:** La penúltima de las regulaciones autonómicas fue la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho¹⁷⁶, del Parlamento cántabro, vigente y no modificada a fecha de hoy.

- **Galicia:** La última de las regulaciones aprobadas en nuestras Comunidades autónomas en materia de parejas estables llegó a través de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, reguladora del Derecho Civil de Galicia¹⁷⁷. El Parlamento gallego utilizó en este caso un sistema diferente al del resto de Comunidades autónomas citadas, ya que éstas fueron dotando de una regulación especial a las parejas estables, mediante la creación de una ley concreta para la materia. Sin embargo, el Parlamento gallego simplificó la cuestión, al regular y poner al día su legislación civil, con la Ley mencionada, limitándose a dedicar la disposición adicional tercera de la Ley, advirtiendo que *A los efectos de aplicación de la presente ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo cual se extienden, por tanto, a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges.*

Tendrá la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año, pudiéndose acreditar tal circunstancia por medio de la inscripción en el registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho. En caso de tener hijos en común será suficiente con acreditar la convivencia.

¹⁷⁶ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 135, de 7 de junio de 2005.

¹⁷⁷ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

Esta fórmula empleada en la disposición adicional de 2006 fue posteriormente modificada en 2007, mediante la Ley 10/2007, de 28 de junio, que dio una nueva y definitiva redacción a la disposición reguladora de las uniones de hecho, ampliando los requisitos personales y evitando que la unión estable de pareja pudiera verse constituida por el mero transcurso de un año, tal como inicialmente se previó en el texto de 2006, estableciendo con gran simplicidad:

1. A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges.

2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

No pueden constituir parejas de hecho:

- a) Los familiares en línea recta por consanguinidad o adopción.*
- b) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.*
- c) Los que estén ligados por matrimonio o formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona.*

3. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos.

Serán nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición.

No obstante, debe advertirse que el contenido de la regulación de las parejas de hecho gallegas, basada en la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, del Derecho Civil de Galicia, ha sido objeto de sendas cuestiones de inconstitucionalidad

ante el Tribunal Constitucional¹⁷⁸, por lo que el futuro de esta regulación está en entredicho a fecha de hoy.

Por último, también existe una regulación que indirectamente incide en las relaciones de pareja estable que puedan existir, en las Comunidades Autónomas de **Castilla-León, Castilla-La Mancha y La Rioja**, así como en las **Ciudades autónomas de Ceuta y de Melilla**, que no intentan en modo alguno regular la institución jurídica, sus derechos, obligaciones y efectos, sino simplemente crear Registros Autonómicos de Parejas de Hecho¹⁷⁹. Los tres Registros autonómicos mencionados admiten la posibilidad de existencia de Registros municipales paralelos y conexos con el autonómico correspondiente. La misión de estos Registros es únicamente testimonial respecto del hecho de que dos personas manifiestan su voluntad de inscribir la realidad de su relación de pareja, pero sin que ello les confiera más derecho u obligación que los que pudieran venir determinados por otras normas jurídicas, ya que como se ha expuesto, los Decretos por los cuales se crean estos Registros sólo se ciñen a la creación y existencia de los mismos. En todo caso y dada la importancia creciente que ha ido generando la regulación de la legislación en materia de derechos y libertades de las personas extranjeras en España, es esencial la existencia de estos Registros públicos administrativos, ya que según la Sentencia

¹⁷⁸ El Pleno del Tribunal Constitucional acordó por Providencia de 5 de octubre 2010 admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 5657/2010, en relación con la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, del Derecho Civil de Galicia («BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO» 20 octubre), la cuestión de inconstitucionalidad 5658/2010, («BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO» 20 octubre) y la número 1826-2011 planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por posible vulneración del artículo 149.1.8.º de la Constitución («BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO» 27 septiembre), así como la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3809-2012.

¹⁷⁹ En el Caso de Castilla-León, DECRETO 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento (Diario Oficial de Castilla-La Mancha, de 14 de julio de 2000). En Castilla-La Mancha, Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha. Respecto de La Rioja, Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja (Boletín Oficial de La Rioja, de 21 de mayo de 2010), modificado por Decreto 10/2013, de 15 de marzo (Boletín Oficial de La Rioja, de 27 de marzo de 2013). Por lo que a Ceuta y Melilla se refiere, ambas ciudades autónomas aprobaron la existencia de sus respectivos registros por medio de Acuerdos de los Plenos de sus respectivas Asambleas, de 11 de abril de 1997 y 28 de enero de 2008.

de 1 de junio de 2010, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, los efectos que tiene el hecho de que el cónyuge de una persona nacional de un Estado de la Unión Europea deben ser ampliados a quienes mantengan una relación de pareja estable, siempre que ésta se encuentre inscrita en un Registro Público establecido a estos efectos¹⁸⁰

Seguidamente se examinarán los siguientes aspectos regulados por las normas mencionadas: a) Qué contenido se entiende en cada una de las regulaciones vigentes respecto de las parejas estables; b) Cuáles son los requisitos personales de su constitución; c) La forma de acreditación de la relación de pareja estable; d) Cómo se regula la convivencia de sus miembros; e) Qué derechos se conceden a la pareja estable; f) Cuál es la forma de extinción de la relación de pareja; g) Qué posibles derechos hereditarios se conceden a la pareja estable; y h) Qué previsiones se establecen respecto de los hijos, el derecho de adopción y acogimiento de menores en el ámbito de las parejas estables.

2.1.2.1 Contenido de la pareja estable

Cuando en un ámbito no jurídico se plantea qué se entiende por pareja estable, la gran mayoría de las personas tienen un concepto propio que, por lo general, es común para casi toda la sociedad. No obstante, se da la circunstancia curiosa de que para muchos, pareja de hecho es sólo la unión de dos personas de un mismo sexo, sin reparar en que existe pareja estable independientemente de quienes la formen. Y, asimismo, dada la existencia de trece regulaciones diferentes en España, es en cierto modo sorprendente descubrir que ese aparente consenso social acaba repleto de matices, examinando con detalle el contenido de las trece normas legales, que finalmente conllevan diferencias entre lo que debe considerarse pareja estable en uno u otro territorio.

Estas diferenciaciones provocan por ejemplo que al no existir un sentido único del contenido de la pareja estable, nos encontremos en situaciones que pueden llevar a que el

¹⁸⁰ Id Cendoj: 28079130052010100299.

conjunto de derechos y obligaciones derivadas de la unión de pareja no sea el mismo para todos los supuestos legalmente contemplados, de manera que se afrontará una clara heterogeneidad en el contenido de los modelos de pareja estable. Así, el hecho de que hasta hace relativamente poco no haya existido un conjunto de normas que regulen la pareja estable en España, no ha supuesto para el Tribunal Supremo un vacío legal en modo alguno, sino en todo caso nos encontramos ante una realidad ajurídica, no regulada legalmente, pero tampoco prohibida por el derecho, por lo que puede hablarse de ajuricidad, pero no de antijuricidad de la institución¹⁸¹.

En todo caso, se ha venido entendiendo que la pareja estable tenía tres ejes que caracterizaban la institución¹⁸²: la convivencia *more uxorio* o matrimonial, la permanencia de la convivencia durante un determinado período temporal y la inexistencia de prohibición legal para que la relación exista (como un matrimonio existente y no disuelto de uno de sus miembros). Este último requisito, no obstante, queda eliminado en la legislación catalana, a través del Libro II de su Código civil.

De entrada, encontramos que buena parte de la legislación autonómica se resiste a reconocer una clara obviedad: que las parejas estables suponen un modelo familiar específico y válido. En otros casos, parte de la legislación sí reconoce expresamente que la pareja estable es una forma de familia, resultando con ello el conjunto de derechos y obligaciones derivados de esta configuración, amparada claramente por el artículo 39 de la Constitución, como una forma familiar más¹⁸³

Merece, pues, comprobar los pormenores que cada legislación concede a la definición de la pareja estable:

¹⁸¹ Pérez Ureña, Antonio; *Op. Cit.*, Página. 40.

¹⁸² López-Muñiz Goñi, M. *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, Editorial Colex. Madrid, 2001. Páginas. 39-47

¹⁸³ Roca Trias, E.: *Familia, familias y derecho de familia*. ADC, 1990, octubre-diciembre. Página. 1087, en goo.gl/gVHCLs, a 24/03/2017.

1.- En el caso de **Cataluña**, actualmente y desde la entrada en vigor del Libro II del Código Civil catalán, su artículo 234-1, incluido en el conjunto normativo dedicado a la familia, declara que *Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos: a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos. b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común. c) Si formalizan la relación en escritura pública.*

2.- Por su parte, la Comunidad de **Aragón** define en el artículo 303 de su Código de Derecho Foral de Aragón, la definición expresa de la pareja de hecho aragonesa, acotando que *Se consideran parejas estables no casadas, a efectos de este Código, las formadas por personas mayores de edad entre las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos y formalidades que se establecen en este Título.*

3.- **Navarra** establece en el artículo 2 de su Ley Foral 6/2000, de Parejas Estables, que pareja estable es *la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.*

4.- La **Comunidad Valenciana** prevé en el artículo 1 de su Ley 5/2012, de Uniones de Hecho Formalizadas en la Comunidad Valenciana, que son uniones de hecho *las formadas por dos personas que, con independencia de su sexo, convivan en una relación de afectividad análoga a la conyugal, y que cumplan los requisitos de inscripción del artículo 3 de esta ley.*

4.- **Baleares** conceptualiza la pareja estable en el artículo 1 de su Ley 18/2001, de Parejas Estables, como *las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal.*

5.- En el caso de la **Comunidad de Madrid**, el artículo 1 de su Ley 11/2001, de Uniones de Hecho, determina que existe unión de hecho cuando *dos personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante*

un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

6.- Para el legislador del **Principado de Asturias**, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona, estableciéndose esto en el artículo 3 de su Ley 4/2002, de Parejas estables.

7.- En el caso de **Andalucía**, su Ley de Parejas de Hecho, 5/2002, define en su artículo 3 la pareja de hecho como *la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal.*

8.- En el caso de **Canarias**, la Ley 5/2003, de Parejas de Hecho, establece en su artículo 1 que la pareja estable la constituyen dos *personas que convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, vinculados de forma estable con independencia de su orientación sexual, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que se cumplan las exigencias establecidas en el artículo siguiente.*

9.- La Ley 5/2003, de Parejas de Hecho de **Extremadura**, define en su artículo 2 la pareja estable como la unión de dos *personas que convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, vinculados de forma estable con independencia de su orientación sexual, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que se cumplan las exigencias establecidas en el artículo siguiente.*

10.- La Ley 2/2003, de Parejas de Hecho del **País Vasco**, considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas, mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta

o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o distinto sexo. Asimismo, ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o por pareja de hecho.

11.- En el caso de **Cantabria**, su Ley 1/2005, de Parejas de hecho, no brinda un concepto o definición de la institución, sino que se limita a establecerse como *régimen jurídico aplicable a aquellas personas que acuerden constituirse en pareja de hecho y se inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad autónoma de Cantabria.*

12.- La Ley 2/2006, reguladora del Derecho Civil de **Galicia**, establece en su disposición adicional tercera que *se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges* y, en consecuencia, *Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.*

En definitiva y visto lo anterior, cabe sentar inicialmente unas líneas comunes para las parejas estables, con independencia de la legislación que les deba ser aplicable y que pasa por cuatro ejes concretos¹⁸⁴: el primero, que el derecho positivo autonómico parte de una necesidad común de convivencia de los dos miembros de la unión. Y esta convivencia no deberá tener carácter esporádico, temporal o superficial, sino que deberá ser de carácter estable y demostrable. Será precisamente este aspecto de la obligada acreditación de la convivencia uno de los puntos más polémicos y delicados de la regulación y de los derechos inherentes a los miembros de la unión estable de pareja, tal como se apuntará más adelante.

¹⁸⁴ Pérez Ureña, Antonio; *Op. Cit.*, Página. 40

El segundo rasgo distintivo de la pareja de hecho lo será su permanencia: de ahí que en unos casos se exija la convivencia de uno o de dos años, no sólo como elemento constitutivo de la unión, sino en algunos casos, un requisito *sine qua non*, incluso en supuestos en que la única forma de constituir la pareja estable provenga de la inscripción en un registro al efecto.

El tercer elemento importante radicará en que la convivencia estable deberá, además, ser de carácter marital: es decir, análoga a la matrimonial o, lo que es lo mismo, con una base afectiva similar a la matrimonial y no homologable a la convivencia continuada de personas que tengan amistad entre ellas o bien que de hecho o de derecho, hayan creado una situación equiparable a la de las uniones convivenciales de ayuda mutua o incluso el supuesto de acogimiento de personas mayores, que Comunidades como Cataluña tienen ya contempladas en su legislación civil desde hace años¹⁸⁵. Este criterio queda patente, por ejemplo, en la definición vasca de la pareja de hecho, al hacerse expresa mención a que sus miembros se hallen ligados *por una relación afectivo-sexual*, con independencia de la orientación sexual de los mismos.

Tanto los elementos de estabilidad y de permanencia han llevado a que en algunos casos encontremos que en leyes como la aragonesa (artículo 5.2), navarra (artículo 5.2), la balear (artículo 4.2), la vasca (artículo 5.2) o la cántabra (artículo 4.5), se prohíba expresamente el pacto de constitución de la unión de pareja estable con carácter temporal, o bien con sujeción a condición. En aquellas Comunidades en que no se prohíben expresamente la constitución temporal o condicionada, parte de la doctrina se plantea si en estos casos sí sería posible una pareja estable con vocación netamente temporal o condicional, pues negar tal hipótesis podría suponer la obligación de convivencia por implicar una renuncia a la extinción unilateral de la unión. En este sentido y siguiendo a Caso Señal, “Si dicha estipulación nace de la libre voluntad de ambos y las propias legislaciones reconocen como causa de extinción también la común voluntad, no acertamos

¹⁸⁵ En este sentido, Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre uniones convivenciales de ayuda mutua (norma actualmente derogada y sustituida por los artículos 240-1 a 7 del Código Civil de Cataluña), o bien 22/2000, de 29 de diciembre, de acogimiento de personas mayores

a contemplar porqué tendría que ser nulo un pacto de esta naturaleza. No sería impensable, por ejemplo, una pareja estable vinculada a la permanencia en un territorio concreto durante un tiempo por motivos laborales. En el fondo, late un prejuicio contra la posibilidad de limitar y de concretar las relaciones sexuales/afectivas por pervivir en nuestra mentalidad todavía la idea de la indisolubilidad, pese a hallarnos en un Estado no confesional donde rige ya la disolución no causal del vínculo matrimonial”¹⁸⁶.

Asimismo, un elemento común al conjunto normativo lo encontramos en que la descendencia biológica común de los dos miembros de la pareja supone un sustitutivo del elemento de permanencia expresado en párrafos precedentes. No obstante y paradójicamente, encontramos pronunciamientos judiciales que contradicen este punto de vista, ya que se ha llegado a negar que la aportación de un documento público como es el Libro de Familia constituya prueba suficiente de la existencia de la unión estable de pareja: *Para abordar esa cuestión, resulta imprescindible acudir a la norma que regula el Libro de Familia, el Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, en cuyo artículo 36 se parte de la base de que como regla general ese documento público -carácter que no cabe negarle- se abre con la certificación de matrimonio, lo que evidentemente no es el caso que aquí analizamos, pero dice el precepto a continuación que "También se entregará Libro de Familia al progenitor o progenitores de un hijo no matrimonial y a la persona o personas que adopten a un menor", como ocurrió en este caso, en el que el libro extendido a nombre de los dos progenitores -demandante y causante- de la niña María Cristina por el Registro Civil de El Boalo (Madrid) no puede resultar en ningún caso acreditativo en este supuesto de otra cosa que no sea la filiación, pero en absoluto de la existencia de una relación de hecho de una pareja, cuestión totalmente ajena a la finalidad y función legal del Registro Civil. Por ello no cabe atribuir a este documento público la condición de prueba de la propia existencia de la pareja de hecho, tal y como expone el Ministerio Fiscal en su informe, lo que determina que la doctrina ajustada a derecho se contenga en la sentencia recurrida,*

¹⁸⁶ Caso Señal, Mercedes: *Tratado de Derecho de Familia; Uniones de hecho*; Editorial Sepin, Madrid 2005, página 119.

*que se pronunció implícitamente de esa forma, y no en la de contraste. Por ello no hubo en aquélla infracción alguna del artículo 174.3 LGSS y el motivo de casación debe de rechazarse*¹⁸⁷.

Por último, debe advertirse que toda la legislación en materia de parejas estables parte de una base común que radica en admitir que esta regulación está fijando el marco jurídico de una institución familiar, por lo que buena parte de las normas analizadas proclama y recuerda el principio de no discriminación de las parejas estables, frente a las parejas casadas, en aplicación de la norma en sí, como también del conjunto normativo de la Comunidad en cuestión, por imperativo de los artículos 14 y 39.2 de la Constitución¹⁸⁸.

2.1.2.2. Requisitos personales de su constitución:

Para hacer mención a los requisitos personales necesarios para que una unión estable de pareja pueda ser constituida, debemos tener en cuenta si la relación se ve regulada por normas de derecho civil autonómicas, o bien normas de carácter administrativo. En los casos en que se trata de aplicar una norma de derecho civil autonómica¹⁸⁹, el primer requisito personal exigible es el de que, como mínimo, uno de los miembros de la relación ostente la vecindad civil de la Comunidad autónoma en cuestión, que permitirá por ello la aplicación de la norma a las dos personas que forman la unión¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, de 3 de mayo de 2011, Roj: STS 3990/2011, Id Cendoj: 28079140012011100384

¹⁸⁸ Caso de las leyes reguladoras de Navarra, Valencia, Extremadura, País Vasco y Cantabria.

¹⁸⁹ Casos de Cataluña, Aragón, País Vasco, Navarra, Baleares, Galicia y Comunidad Valenciana.

¹⁹⁰ Bayod López, Carmen: *Pareja estable y requisitos de capacidad: ámbito de aplicación de la ley aragonesa de parejas no casadas (ley 6/1999, de 26 de marzo)*, revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 4, 2002. Página. 539 y ss.; Pons-Estel Tugores, Catalina: *Proposición de ley de uniones estables de pareja en les Illes Balears*, en VV.AA, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, 2001, páginas. 883 y ss. Iruretagoiena Aguirrezabalaga, Íñigo: *Análisis de la Ley Vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho*, Revista Vasca de la Administración Pública, nº 67, 2003, páginas. 301 y ss. Y Gavidia Sánchez, Julio: *Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables*, Actualidad Civil, nº 2, 2001, páginas. 605-610.

El resto de Comunidades Autónomas en que éstas no tengan atribuidas competencias en materia de Derecho civil y, por lo tanto, la norma reguladora tenga carácter administrativo, se exige que también como mínimo, uno de los miembros de la relación tenga su vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad, entendiendo por vecindad administrativa el empadronamiento en uno de sus Municipios¹⁹¹.

El segundo requisito personal común a todas las regulaciones se basa en el requisito de mayoría de edad y, en algunos casos, mayoría de dieciséis años con emancipación personal. Las regulaciones que contemplan la posible emancipación de uno o los dos miembros de la pareja son las normas vigentes en las Comunidades de Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana, Madrid, Andalucía, Extremadura, País Vasco, Cantabria.

El tercer requisito personal común a todas las Leyes autonómicas se basa en que los dos miembros de la unión sean personas solteras o bien divorciadas, vinculadas por medio de relación estable de pareja con terceros y en ningún caso se entiende válido el hecho de estar separadas. En la práctica, existe con carácter general un claro malentendido que se basa en considerar una aplicación automática de la regulación, sin tener en consideración que la ausencia de vínculo matrimonial es uno de los requisitos personales esenciales para que se considere existente y vigente la relación estable de pareja entre dos personas. En la vigente regulación, sólo la regulación catalana permite que las personas separadas (tanto de hecho, como por resolución judicial) pueden constituir relaciones estables de pareja, al amparo del artículo 234-2 del Código Civil de Cataluña.

El cuarto requisito personal se centra en el impedimento de parentesco, ya que se aplica a los miembros de las parejas estables la imposibilidad de que formen parte de ella

¹⁹¹ De Verda Beamonte, José Ramón: *Estudio de la reciente ley autonómica valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho*; Revista Valenciana d'Estudis Autònoms, nº 34, 2001, página. 3-5. Gómez Calle, Esther: *La ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid*, Anuario de Derecho Civil, nº 2, 20013, páginas. 406 y ss. Median Colunga, Covadonga: *Las uniones de hecho en la legislación y en la jurisprudencia: especial referencia a la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables*, Revista Jurídica de Asturias, nº 26, 2002, página. 35. Rodríguez Domínguez, Carlos: *Análisis comparado y encaje de la Ley canaria de parejas de hecho*, Anales de la Facultad de Derecho, nº 22, 2005, página. 163.

quienes tengan relaciones de parentesco en línea recta, o bien colaterales dentro del segundo grado.

2.1.2.3 Forma de constitución y acreditación de la relación de pareja estable

La constitución de la unión estable de pareja supone uno de los puntos de clara discrepancia entre las diversas regulaciones vigentes en España y es un aspecto claramente polémico en la doctrina científica y en la Jurisprudencia.

En primer lugar, la legislación en la materia coincide en mantener un punto de vista de absoluta libertad civil de los miembros de la unión estable, respecto de su constitución y otros aspectos, imponiendo determinados requisitos constitutivos.

En segundo lugar, casi todas las normas autonómicas ofrecen más de un cauce constitutivo de la relación estable: el otorgamiento conjunto de escritura notarial, la inscripción conjunta en un Registro de Parejas estables (autonómico o municipal), por el simple hecho de que dos personas convivan juntas de forma marital estable durante un determinado período temporal, o bien porque de la unión estable se haya derivado filiación conjunta de ambos miembros de la pareja.

Admiten como elemento constitutivo el otorgamiento conjunto de escritura notarial las legislaciones de Cataluña, Canarias, Extremadura, Aragón, Navarra, sin perjuicio de que las relaciones económicas de la pareja estable puedan ser establecidas en escritura notarial que no tendrá carácter constitutivo en el resto de Comunidades. En algunas de estas Comunidades, la constitución de la relación además obligará en todo caso a la inscripción de la relación, efectuada conjuntamente por parte de sus miembros, en un registro de parejas estables creado al efecto. Éste es el caso de Asturias, Andalucía, Canarias, Extremadura, País Vasco, Baleares, Cantabria, Galicia, exigiéndose además para la inscripción en el Registro especial la intervención de testigos en las Comunidades Valenciana y de Madrid. Asimismo y aun no contando con legislación específica para las parejas estables, las Comunidades de Castilla-León, Castilla-La Mancha y La Rioja,

cuentan con sendos Registros autonómicos de parejas estables, que si bien no supone requisito constitutivo alguno, sí supone la constancia pública administrativa que a los efectos probatorios puede suponer un elemento de constancia muy importante ante terceros.

Un tercer elemento constitutivo de la relación de pareja lo encontramos en el hecho de que por parte de los miembros de la unión estable de pareja se haya llegado a establecer la filiación conjunta de descendientes de la pareja. En este sentido, debe advertirse que la filiación conjunta puede derivar tanto de filiación biológica conjunta de ambos miembros de la unión estable de pareja, como también puede provenir de la filiación adoptiva de los mismos. En este último supuesto, no obstante, debe hacerse una breve reflexión, ya que si bien es posible que una pareja estable adopte conjuntamente, para ello primero tiene que serlo y por lo tanto, la relación estable de pareja debe existir, estar constituida y acreditarse todo ello. Por ello, es paradójico que se establezca en alguna de las legislaciones autonómicas (Cataluña o Navarra, por ejemplo) que la filiación adoptiva conjunta por dos personas no casadas presupone la existencia de una relación estable de pareja, cuando para ello es imprescindible la acreditación de que la relación de pareja estable existe previamente.

El cuarto y último medio constitutivo de la unión de pareja lo encontramos en aquellos supuestos legalmente contemplados, en que la mera convivencia afectivo-marital continuada durante un determinado período temporal, de un año en unos casos (Asturias, Extremadura, Navarra) o bien de dos años (caso de Cataluña y Aragón), supone por sí misma elemento suficiente para entender que la relación de pareja estable existe y surte sus efectos plenamente.

De lo expuesto hasta aquí se podrá colegir fácilmente que la acreditación de la existencia de una relación de pareja estable no supondrá una tarea fácil en algunos casos, aunque a través de las diferentes normas autonómicas parezca lo contrario. Evidentemente, aquellas uniones de pareja constituidas en documento público se podrán acreditar por la existencia de la correspondiente copia autorizada de la escritura notarial. Lo mismo sucederá por medio de las uniones de pareja que queden constituidas por medio de la inscripción en el oportuno registro administrativo, municipal o autonómico, de parejas de

hecho, por medio de la correspondiente certificación expedida por el responsable del registro. También será fácil acreditar la existencia de la unión estable de pareja en los casos en que exista una filiación conjunta de los miembros de la unión de pareja, a través del Libro de Familia que acredite la filiación conjunta, o bien por el oportuno Certificado del Registro, todo ello sin perjuicio de cuanto seguidamente será expuesto. No obstante, no sucederá lo mismo en los casos en que la unión de pareja se fundamente en la convivencia continuada de sus miembros, ya que en estos casos, el principal y más controvertido problema lo constituirá la prueba de la convivencia y también de que ésta tiene carácter afectivo-marital.

A estos efectos, debemos reiterar lo ya dicho, respecto de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de parejas estables y de las Sentencias dictadas por el Pleno del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril y 23/2014 de 11 de marzo de 2014. A través de estas resoluciones se deroga la previsión inicial de la Ley Foral de que una pareja estable pudiera verse constituida mediante la convivencia marital continuada con una duración de un año, al considerar que ello vulnera el derecho a la libertad individual. Lo cierto, no obstante, es que continúan vigentes las consideraciones que el resto de normas autonómicas previeron en idéntico sentido. Con ello se deja abierta la puerta a que en el futuro pudiera cuestionarse también la constitucionalidad de dichas Leyes en el aspecto de que una convivencia continuada equivalga a título constitutivo de la pareja estable, viéndose generada con todo ello un desequilibrio territorial en el ejercicio de derechos. En este sentido, merece la pena alcanzar dos consideraciones: la primera, que se basa en el criterio mantenido por parte de la Doctrina científica y por el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 15 de noviembre de 1990, 11 de diciembre de 1992 y 8 de febrero de 1993, para rechazar la regulación de las parejas estables heterosexuales, que habrían rechazado contraer matrimonio: *La libertad de opción entre el estado civil de casado o el de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden público y de la paz social (...) si bien la Constitución reconoce el derecho a contraer matrimonio, este derecho no entraña correlativamente, es obvio, un deber u obligación; por lo que tampoco está justificado reprochar a un miembro de una unión matrimonial que no haya contraído*

*matrimonio, cualquiera que sea la causa de tal decisión, ya que el contraerlo o no contraerlo pertenece al ámbito de la libertad de la persona y, tanto en uno como en otro caso, esa decisión se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas*¹⁹². Está claro que el ejercicio del legítimo derecho a la libertad no está reñido con el principio de seguridad jurídica que permite conocer la respuesta que el Derecho va a dar ante determinadas situaciones, ya que lo cierto es que las legislaciones autonómicas tienen como elemento teleológico la protección de la parte más débil de la relación, sobre todo en el momento del cese de la relación. Por este motivo, debe compartirse el criterio expresado por Mercedes Caso Señal, en cuanto a que “El Derecho no se inmiscuye en la esfera privada –por ejemplo, un miembro de la pareja puede contribuir gratuitamente al negocio del otro- pero sí deja clara cuál será su respuesta en caso de conflicto. Y si entendemos, además, que esa respuesta pretende el reequilibrio de las posiciones como expresión del derecho a la igualdad de los ciudadanos, esta opción legislativa concreta –la regulación de la pareja de hecho-, es una opción respetuosa con el texto constitucional”¹⁹³

La segunda de las consideraciones se basa en que la Constitución Española no cierra la puerta a la existencia de legislaciones que deriven de las competencias autonómicas de aquellas Comunidades que cuentan con competencias propias en materia de Derecho civil, por lo que el reconocimiento de este pluralismo legislativo autonómico supone que la pluralidad legal no pueda ser considerada una merma en la garantía del derecho a la igualdad de los ciudadanos¹⁹⁴.

Paralelamente, de lo anterior surge un claro problema práctico, a la hora de invocar la existencia de la relación estable de pareja, ya que para el ejercicio de algunos derechos, los interesados se ven obligados a demostrar la existencia de la convivencia marital por un

¹⁹² Vidal Gil, Ernesto: *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas; un análisis de algunos casos difíciles*. Tirant lo Blanc, Valencia, 1998. Página. 88-65

¹⁹³ Caso Señal, Mercedes: *Tratado de Derecho de Familia; Uniones de hecho*, Editorial Sepin, Madrid 2005, página 110.

¹⁹⁴ Roca Trias, Encarna, *Manual de Formación Continuada del CGPJ, núm. 28, año 2004, Estudio Comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Página. 270.

determinado período. De entrada, se ha dado por válida e indubitada la aportación de un certificado histórico municipal de empadronamiento, en que conste que la convivencia ha superado el período que la norma aplicable exija. Aun así, en algunos supuestos en que pudiera ponerse en discusión si el carácter de la convivencia fue o no el marital, este segundo elemento deberá ser acreditado por medio de pruebas indirectas: fotografías, cartas privadas entre los convivientes, o prueba testifical. Aun así, el auténtico problema ha aparecido cuando se ha exigido la acreditación de una convivencia que no fue inscrita en ningún padrón municipal, o de la que por razones diversas los convivientes no dejaron un rastro documental. Cuando esto sucede, la Jurisprudencia ha venido dando una doble respuesta que tarde o temprano deberá ser resuelta por la fijación de doctrina jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo. Por un lado, encontramos la respuesta que refleja la Sentencia de 9 de enero de 2014, dictada por la Sección Cuarta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña¹⁹⁵, en la reclamación de pensión de viudedad por parte de miembro superviviente de la relación de pareja, en cuanto a la acreditación de la convivencia basada en el empadronamiento: *En relación al empadronamiento, como nos dice la STS de 9 de junio de 2011, dictada por su Sala de lo Social, (RJ 2011, 5334) "De conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial, que recuerda el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, la solución más ajustada a derecho de las confrontadas en esta casación unificadora es la contenida en la sentencia de contraste, por lo que el recurso debe ser estimado. Esta doctrina jurisprudencial sostiene: 1) que la acreditación de la convivencia en "pareja de hecho" (more uxorio o "a modo de matrimonio" en terminología clásica) puede hacerse por cualquier medio de prueba admisible en derecho; 2) que el empadronamiento conjunto del causante y el beneficiario ni es un elemento "constitutivo" de la convivencia a modo de matrimonio ni tampoco puede erigirse en el único medio probatorio de tal situación; 3) que, por tanto, el certificado de empadronamiento al que se refiere el artículo 174.3 LGSS es un medio probatorio privilegiado pero no excluyente de la acreditación por otras vías; y 4) que, utilizando el canon hermenéutico de la interpretación sistemática, el propio artículo 174.3 LGSS ha descartado que el certificado*

¹⁹⁵ Roj: STSJ CAT 340/2014; Id Cendoj: 08019330042014100028.

de empadronamiento sea la única prueba admisible de la convivencia al aceptar que la "existencia de pareja de hecho" se acreditará "mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja" (con cita de las STS 25-5-2010 (RJ 2010, 3610) (rcud 2969/2009), STS 14-6-2010 (rcud 2975/2009), STS 24-6-2010 (rcud 4271/2009), STS 6-7-2010 (RJ 2010, 6786) (rcud 3411/2009), STS 20-7-2010 (rcud 3715/2009), STS 14-9-2010 (rcud 3805/2009), STS 10-11-2010 (rcud 911/2010), STS 12-11-2010 (RJ 2010, 8836) (rcud 975/2010), STS 9-12- 2010 (rcud 3914/2009), STS 26-1-2011 (rcud 2714/2010), STS 26-1-2011 (rcud 1556/2010), STS 14-4-2011 (rcud 710/2010), STS 14-4-2011 (rcud 1846/2010) y STS 3-5-2011 (JUR 2011, 236478) (rcud 2170/2010)).

En definitiva es evidente que la acreditación de la convivencia de parejas de hecho puede hacerse por cualquier medio de prueba adecuado a tal fin teniendo en cuenta el hecho objeto de prueba, y sin que, a la vista de la normativa aplicable en esta Comunidad autónoma, sea suficiente o exclusivo el certificado de empadronamiento o un documento público en el que conste la constitución de dicha pareja de hecho.

No obstante y frente a lo evidente del argumento expuesto, es importante considerar que los Tribunales han aplicado en casos idénticos criterios no pacíficos¹⁹⁶: así y al hilo del caso comentado, que tuvo que ser visto simultáneamente por la Jurisdicción Social, al contar el causante con la doble condición de militar en la reserva y trabajador por cuenta ajena, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña argumentó al resolver el recurso de suplicación contra la sentencia de primera instancia, que *La sentencia recurrida adopta conforme a la jurisprudencia un criterio flexible sobre la posibilidad de prueba, que acepta cualquier tipo de acreditación sobre lo que ciertamente existe en cualquier pareja estable que conviven en el mismo domicilio, entre ellas, al menos "domiciliaciones bancarias, de suministros a nombre de uno u otro en relación con el*

¹⁹⁶ Sánchez Martínez, M. Olga: *Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares* Revista Española de Derecho Constitucional Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000. Página. 53-55.

mismo domicilio, o cualesquiera otro documento de los que en casos análogos suelen existir, documentos que en caso de haberse perdido pueden ser recuperados a través de las entidades bancarias en las que necesariamente se han domiciliado. Es ciertamente irrazonable pretender que en una convivencia more uxorio desde el año 2001 al 2011 ningún documento de este tipo -o de cualquier otro- pueda aportarse de los múltiples que en la actualidad es notorio que se domicilian o que se registran. Por esto, y por el resultado de la testifical, la sentencia ha desestimado la pretensión¹⁹⁷. En definitiva: ambos procesos, que contaron con un conjunto fáctico y probatorio absolutamente idéntico y la prueba testifical tuvo un mismo contenido personal (sujetos que intervinieron en ambos procesos) y material (interrogatorios formulados y respuestas brindadas), obtuvieron fallos completamente contradictorios entre sí, provenientes de Salas diferentes del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

En definitiva, queda claro que el criterio judicial es diverso, de forma que no siempre otorga la misma validez a la prueba testifical, como acreditación suficiente de la existencia de una relación de pareja estable, ni valora de forma análoga la prueba documental que pueda aportarse al proceso, acreditativa de la convivencia de sus miembros, mostrando rigidez valorativa en cuanto a este último medio probatorio. Y queda también claro que en numerosas ocasiones, tal como en páginas anteriores ya se ejemplificó¹⁹⁸ el rigorismo ha alumbrado resoluciones que llevan a que los miembros de parejas estables se vean privados de sus derechos, en lugar de verse amparados en ellos.

197 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 6 de marzo de 2013, Roj: STSJ CAT 2563/2013, Id Cendoj: 08019340012013101774.

¹⁹⁸ Vide comentario a nota al pie número 169.

2.1.2.4. Regulación de la convivencia de sus miembros, derecho de alimentos; efectos personales

Uno de los elementos en que todas las normas autonómicas en materia de parejas estables coinciden se encuentra en el reconocimiento de la libertad de pactos entre sus miembros, a la hora de establecer las bases de funcionamiento entre ambos. Estos acuerdos pueden verse recogidos documentalmente o bien tratarse de pactos verbales, pero en aquellos casos en que dichos pactos puedan afectar a terceras personas, deberán estar recogidos en documento público y constar inscritos en el correspondiente registro público. Así, tanto la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, de 7 de marzo de 1998¹⁹⁹, como la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 1998, defienden que siempre que se respeten los límites generales del artículo 1255 del código civil, o bien que los actos derivados de los pactos dejen constancia de la voluntad de establecer una sociedad o una comunidad de bienes²⁰⁰

A pesar de la libertad de pactos de que parten las diferentes normas, deben establecerse puntualizaciones concretas relativas a si la Comunidad autónoma en cuestión cuenta con competencias propias en materia de Derecho civil o no. Las Comunidades con competencias propias en materia de Derecho civil (Cataluña, Baleares, Aragón, Navarra, País Vasco y Galicia) aplican un sistema económico a la pareja, en defecto de pacto expreso, que se basará en un equivalente a la separación de bienes. Los límites a la autonomía de la voluntad se encuentran en dos bases: la primera, que los pactos no podrán ser contrarios ni a la ley, ni tampoco a la moral ni tampoco al orden público, por aplicación del artículo 1.255 del Código civil²⁰¹. No ocurre así en los casos en que se establezcan pactos que regulen la ruptura de la relación de pareja, ya que en estos casos es imperativo en Cataluña lo dispuesto por el artículo 231-20 del Código civil de Cataluña, con un

¹⁹⁹ Estrada Alonso, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Trivium. Madrid, 2000, página. 172.

²⁰⁰ Pérez Ureña, Antonio-Alberto: *op. Cit.*, Página. 71.

²⁰¹ Puig Ferriol, Lluís y Roca Trias, Encarna: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Tirant lo Blanch Llibres, València, 1998, página. 445-446.

carácter mucho más restrictivo al del establecimiento de pactos de regulación de la convivencia, estableciendo en concreto en cuanto a la forma, que puedan establecerse en escritura pública o capítulos matrimoniales, con validez en caso de ser otorgados con anterioridad a la celebración del matrimonio con un plazo no superior a treinta días, siendo obligación del notario autorizante informar separadamente a cada cónyuge, sobre el alcance de los pactos que se pretende establecer y de las posibles modificaciones que respecto de los regímenes legales pudieran preverse, debiendo revestir un carácter recíproco todos los pactos de limitación o exclusión de derechos, recayendo la carga de la prueba de que esta información fue clara sobre el cónyuge que en su caso pretendiera hacer valer el pacto en cuestión, sancionándose con la ineficacia del pacto establecido, si éste fuera gravemente perjudicial para uno de los cónyuges y, por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, si también hubieran sobrevenido circunstancias imprevistas, posteriores al momento del otorgamiento de los pactos. En este sentido, tal como Joan Egea sostiene²⁰², las partes no suelen ser tan críticas en este contrato como lo serían en otros dado que el grado de confianza entre quienes están unidos por vínculo matrimonial es sin duda mayor en este escenario que en otras hipótesis. A este respecto y como advierte María-Paz García²⁰³, los pactos preventivos para los supuestos de ruptura de la relación no se prevén en el Código civil, si bien a través del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, sí es posible establecer determinadas renunciaciones (como la de la prestación compensatoria), debiendo para ello examinarse el caso concreto con las debidas cautelas, a fin de no perjudicar a la parte que renunciase a la misma.

Las Comunidades que carecen de competencias en materia de Derecho civil, a excepción de la Ley asturiana, parten también de la regulación mediante el expreso pacto de los convivientes, si bien en estos ordenamientos autonómicos se establece una

²⁰² Egea Fernández, Joan: *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Civitas, Madrid, 2002. Página. 4551-4574.

²⁰³ García Rubio, María-Paz: *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil*. Anuario de Derecho Civil, Vol. 56, 2003. Páginas. 1654-1658.

presunción de que los miembros de la pareja deberán contribuir de forma proporcional a sus ingresos, bien con aportación económica, o bien con aportación de su trabajo personal al hogar, al sostenimiento de lo que todas las normas denominan gastos comunes.

El contenido del concepto de gastos comunes se ven referidos en todas las Comunidades al sostenimiento de los miembros de la pareja, al sostenimiento del hogar común, de los hijos comunes, de las atenciones médico-sanitarias familiares y, en general, de los alimentos de los miembros de la pareja y sus posibles personas dependientes.

Igual que en el caso de Cataluña, antes apuntado, Madrid, Baleares, Asturias, Canarias, Extremadura, País Vasco y Cantabria prevén la posibilidad de que para los casos de cese de la relación también pueda establecerse de común acuerdo por parte de los miembros de la pareja los términos en que deban establecerse los términos de la ruptura, en cuanto a liquidación y eventual compensación entre las partes por el cese de la relación.

En los casos de Cataluña, Aragón y Navarra, el sostenimiento de los gastos comunes de la pareja implicará una responsabilidad solidaria de los miembros de la pareja estable con respecto de los mismos, mientras que en el caso de Baleares, la responsabilidad será subsidiaria, con respecto al miembro de la pareja que no hubiera contraído la obligación en sí²⁰⁴.

Por otra parte, debe resaltarse el hecho de que sólo algunas de las leyes autonómicas en materia de unión estable de pareja reconocen entre sus miembros el deber de prestarse alimentos, bien mientras subsista la relación. Cataluña, por ejemplo, contempla el derecho de alimentos entre los miembros de la unión estable, pero no de forma directa, sino a través de una visión hermenéutica que se alcanza a través de la consideración hermenéutica de diversos artículos de su Código civil, como los artículos 231-1 y 5, 234-1 y siguientes y 237-1, respecto de la aplicabilidad de los alimentos de origen familiar tanto a la situación de pareja matrimonial, como de pareja estable, a resultas del concepto de heterogeneidad familiar, que

²⁰⁴ Pons-Estel Tugores, Catalina: *Proposición de ley de uniones estables de pareja en les Illes Balears*, en VV.AA, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, 2001, página. 889

engloba tanto la familia matrimonial, como la basada en relaciones estables de pareja.. En Aragón, el artículo 313 del Código de Derecho Foral de Aragón reconoce que *Los miembros de la pareja están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas*. En un sentido idéntico se expresa el artículo 6 de la Ley balear 18/2001, de Parejas Estables.

Por último, diversas normas autonómicas reconocen en el seno de pareja estable la posibilidad de que uno de los convivientes resulte nombrado tutor legal o curador de su pareja, en casos de declaraciones de incapacidad, como también podrá ser nombrado en algunos casos administrador, ante supuestos de ausencia y prodigalidad. Las Comunidades que así lo prevén ostentan competencia en materia de Derecho civil propio: Cataluña, Aragón, Baleares, Navarra y Galicia.

2.1.2.5. Previsiones establecidas respecto de los hijos, el derecho de adopción y acogimiento de menores en el ámbito de las parejas estables

La legislación autonómica vigente en materia de parejas estables contempla el derecho de adopción conjunto por parte de los dos miembros de la pareja, con independencia de si ésta se forma o no por dos personas de un mismo sexo, en Cataluña, Aragón, Navarra, País Vasco y Galicia. A su vez, el acogimiento de menores es posible por parte de la pareja estable en Cataluña, Aragón, Asturias, Andalucía, País Vasco, Cantabria y Galicia. Tal como ya se comentó anteriormente, existe la paradoja de que

Evidentemente, es necesario recordar que cuando dos personas tienen filiación común, la legislación en materia de parejas estables las considera como pareja de hecho de forma automática en Comunidades como Cataluña, Navarra, Asturias, Canarias y Extremadura.

En todo caso, el hecho de que pueda existir una filiación conjunta en el seno de una pareja estable conlleva los mismos derechos y obligaciones inherentes a la paternidad y/o maternidad que se derivan también en el caso de parejas matrimoniales, bien conforme a las obligaciones legales que establece el Código civil común, o bien según la legislación civil

específica aplicable en cada uno de los territorios de las diversas Comunidades autónomas que tienen Derecho civil propio y cuentan con legislación en la materia. Esto no es más que la traducción del principio constitucional de igualdad y no discriminación de los hijos por razón de su filiación (bien sea ésta matrimonial o no), consagrado por los artículos 14 y 39 de la Constitución. Este aspecto se traduce igualmente en que las cuestiones relativas a la filiación constituyen cuestión de orden público, casi sin posibilidad alguna de disposición por parte de los progenitores²⁰⁵

Ahora bien: sin perjuicio del carácter de *ius cogens* de la regulación relativa a la filiación, lo cierto es que siempre con la supervisión del Ministerio fiscal y del Juez de Familia, las partes sí podrán proponer acuerdos para su aprobación, que den salida a las relaciones paternofiliales en los casos de crisis de la pareja y consecuente necesidad de establecimiento de medidas concernientes a los hijos menores, al amparo del cauce procesal establecido por el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A este respecto, es menester tener en cuenta que en el caso de Cataluña, en que el vigente Código Civil regula con amplitud las relaciones paternofiliales y las maneras en que se deberán alcanzar soluciones respecto de los hijos en caso de crisis de la pareja estable con hijos, por lo que si bien en el artículo 234-7 se efectúa una remisión a las normas ordinarias de guarda y relaciones personales paternofiliales durante el desarrollo de la relación de pareja (arts. 233-8 a 233-13 CCC), también prevé que en caso de ruptura de la relación, quepa aplicar también la posibilidad de proponer a la Autoridad judicial, mediante convenio y plan de parentalidad las medidas que tuvieran por convenientes, tal como así sucede en casos de separación, nulidad o divorcio (artículos 233-4 y 233-5 CCC).

Este mismo camino consistente en prever el posible pacto en materia de relaciones paternofiliales en supuestos de ruptura, se establece también en las legislaciones de Navarra y de Baleares. Las regulaciones de Aragón, Valencia, Madrid, Andalucía, Canarias, País Vasco y Galicia no se pronuncian al respecto. Y sí lo hacen las leyes de Asturias, Extremadura y Cantabria, pero únicamente para remitir la eventual solución que deba darse

²⁰⁵ Pérez Ureña, Antonio-Alberto: *op.cit.*, Páginas. 171-183.

a las relaciones paternofiliales a la legislación civil aplicable, ante las posibles crisis de las parejas.

Por lo que se refiere al recurso a la mediación familiar, tan sólo las legislaciones catalana y vasca así lo contempla, para los supuestos de resolución de conflictos familiares en el seno de las parejas estables²⁰⁶.

2.1.2.6. Previsiones y limitaciones sobre la vivienda de la pareja estable

A la hora de examinar qué previsiones han ido estableciendo los legisladores autonómicos al regular las parejas estables en torno a la vivienda, deben examinarse por separado dos cuestiones diferentes²⁰⁷: la primera, relativa a los límites de la facultad de disposición sobre la que es vivienda de la pareja, mientras la relación existe; la segunda, respecto de qué sucede tras la ruptura de la pareja estable, en lo relativo a la atribución del uso de la vivienda, viéndose diferencias en este segundo caso que resultan de si la extinción de la relación de pareja es por decisión *inter vivos*, o bien *mortis causa*.

Únicamente la legislación catalana establece límites a la facultad de disposición sobre la que es vivienda común de la pareja. Con ello se brinda una salvaguarda de protección a la vivienda familiar que, en el caso de Cataluña, homologa este carácter tuitivo a la situación prevista para la vivienda del matrimonio. El Código Civil de Cataluña, en su artículo 234-3.2, al hacer mención al régimen durante la convivencia, advierte que *En materia de disposición de la vivienda familiar, se aplica lo establecido por el artículo 231-9 del mismo cuerpo legal*. Este artículo queda incluido en el Capítulo I del Título III del Libro II del Código, relativo a la persona y la familia, dedicándose a regular la disposición de la vivienda familiar, en la siguiente forma: *1. Con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer*

²⁰⁶ Pérez Ureña, Antonio-Alberto: *Op.cit.*, Páginas. 185-193.

²⁰⁷ *Ibidem*, páginas. 105-116.

acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas. Este consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgar con carácter general. Si falta el consentimiento, la autoridad judicial puede autorizar el acto, teniendo en cuenta el interés de la familia, así como si se da otra justa causa. En caso de que este consentimiento o autorización judicial no medie en la disposición de la vivienda, el apartado 2 del precepto sanciona con la anulabilidad el acto de disposición, a instancia del otro cónyuge, si vive en la misma vivienda, en el plazo de cuatro años desde que tiene conocimiento de él o desde que se inscribe el acto en el Registro de la Propiedad. No obstante esta previsión, el acto mantiene la eficacia si el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso y, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tiene la condición de vivienda familiar, aunque sea una manifestación inexacta. No existe buena fe si el adquirente conocía o podía razonablemente conocer en el momento de la adquisición la condición de la vivienda. En cualquier caso, el cónyuge que ha dispuesto de ella responde de los perjuicios que haya causado, de acuerdo con la legislación aplicable.

Por su parte, la Comunidad Valenciana establecía en el artículo 10 de su Ley 5/2012, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana, antes de su derogación por parte del Tribunal Constitucional, que *Para disponer de algún derecho sobre la vivienda habitual de la unión de hecho formalizada o sobre los muebles de uso ordinario de la misma, la persona titular necesitará el consentimiento del otro o la otra conviviente en cada caso.* Establece igualmente una obligación para el caso de que *un o una conviviente realizara un acto o negocio de disposición sobre un inmueble que pudiera constituir la vivienda habitual de la unión de hecho formalizada, habrá de manifestar en el documento en que lo formalice si concurre tal circunstancia en el inmueble objeto del acto o negocio. La manifestación errónea o falsa del disponente o de la disponente no perjudicará a quien adquiera de buena fe.* Cabía también en el caso valenciano que *En caso de negativa sin justa causa del consentimiento por parte del o de la conviviente no titular al acto dispositivo o de incapacidad para prestarlo, dicho consentimiento podrá ser suplido por autorización judicial.* Y también, como en el caso de Cataluña, *El acto de disposición sobre la vivienda habitual de la unión efectuado por la persona titular sin el*

consentimiento del otro o de la otra conviviente o sin autorización judicial, podrá ser anulado a instancia de quien no sea titular dentro de los cuatro años siguientes desde que tuvo conocimiento de tal acto o, en su defecto, desde la inscripción del documento en el Registro de la Propiedad. Si antes de transcurrir dicho plazo se extinguiere la unión, el negocio dispositivo celebrado sin consentimiento de quien sea conviviente no titular quedará confirmado.

El segundo grupo de previsiones que establece la legislación en materia de parejas estables la encontramos en los supuestos contemplados en cuanto a la atribución del uso de la vivienda, bien por razón del cese de la relación en vida de sus miembros, o bien *mortis causa*.

El Código Civil de Cataluña establece en su artículo 234-8 una serie de reglas concernientes a la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar, ante el cese de la relación. En primer lugar, remite a la autonomía de la voluntad de las partes mediante un posible acuerdo de los componentes de la pareja, todo ello conjugando el coste que suponga este derecho de uso, con el derecho de alimentos que en su caso correspondiese. En tercer lugar y para el supuesto de que existieran hijos comunes, fija la misma regla que en el caso de atribución de vivienda ante separaciones, divorcios y nulidades matrimoniales: el miembro de la pareja que obtenga la custodia de los hijos comunes, será quien también tenga, junto con los hijos, el derecho de uso de la vivienda común (artículos 233-20-6 y 7 y 233-21 a 233-25 CCC). Por lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda, en caso de fallecimiento de uno de sus miembros, el superviviente se verá amparado por los derechos reconocidos al cónyuge viudo en los artículos 231-30 y 231-31 CCC, relativos a los ya tradicionales derechos hereditarios catalanes del derecho al ajuar doméstico y al renovado “*any de plor*”, actualmente “año de viudedad”, que permite al superviviente el disfrute de la vivienda común durante el año posterior al fallecimiento de su conviviente.

Aragón no prevé explícitamente la atribución del uso de la vivienda, en los casos de cese inter vivos de la convivencia, si bien en caso de que existan hijos de la pareja, la vivienda deberá ser atribuida a éstos y al progenitor en cuya compañía queden, de conformidad con lo previsto por el artículo 96 del Código civil. Para los supuestos de cese

de la relación por causa de fallecimiento sí expresa en el artículo 311 de su Código del Derecho Foral una solución equivalente a la catalana, respecto de los derechos de uso de la vivienda común durante un año posterior al fallecimiento, así como de su ajuar doméstico.

Esta misma previsión para la extinción *mortis causa* de la relación se contempla en las legislaciones del País Vasco (artículo 6.2.c). Lo mismo sucede en el caso de Andalucía (artículo 13), si bien en este supuesto se abre un posible problema de inconstitucionalidad del precepto, ya que se está regulando una cuestión de derecho civil en la que la Junta de Andalucía carece de competencias en la materia. Por su parte, Andalucía equipara en el artículo 19 de su Ley a la pareja estable con la matrimonial, a los efectos de solicitud de una vivienda social.

Navarra no establece previsiones para el destino de la atribución de la vivienda ante rupturas inter vivos de la relación de pareja y sí equipara en el artículo 11 de su Ley Foral 6/2000, para los supuestos de cese *mortis causa* la pareja estable con el matrimonio, concediendo al miembro superviviente el denominado usufructo de fidelidad (artículo 253 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra), equivalente al usufructo vidual.

Valencia tampoco establece en su Ley de Uniones de Hecho ninguna previsión relativa a la atribución del uso de la vivienda, para los casos de cese en vida de los convivientes.

Baleares no prevé atribución del uso de la vivienda ni de su ajuar en los supuestos de extinción de la relación de la unión estable, en ningún supuesto, al igual que sucede con los casos de Madrid, Canarias y Extremadura. Asturias y Cantabria tampoco previenen las situaciones de uso de la vivienda ante la extinción de la relación, pero sí equiparan la relación de pareja estable a la matrimonial, respecto de la concesión de una vivienda de la Administración.

Por último, Galicia no establece previsiones de la atribución de la vivienda por extinción de la relación en vida de sus miembros, pero sí respecto de la disolución *mortis causa*, al equiparar en la disposición adicional tercera la unión estable de pareja con el matrimonio, ya que directamente pasa a ser aplicable lo dispuesto en régimen hereditario

entre cónyuges, respecto del usufructo de la herencia por parte del cónyuge viudo y la legítima, regulado por los artículos 228 y siguientes de la Ley reguladora del Derecho civil de Galicia.

2.1.2.7. Causas y efectos de la extinción de la relación de pareja

Al igual que las diferentes Leyes autonómicas establecen un régimen constitutivo de las relaciones estables reguladas, también fijan en su articulado las causas que llevarán a la extinción de la relación de pareja estable. No puede afirmarse que existan grandes diferencias entre las diversas legislaciones, si bien éstas provendrán esencialmente de si la pareja estable debe estar o no inscrita, según cada ley concreta.

En primer lugar, debe advertirse que la unión de pareja cuenta con dos causas básicas de extinción, a la luz de las diferentes legislaciones: la primera, por la autonomía de la voluntad, expresada unilateralmente y con notificación fehaciente al conviviente, o conjuntamente por ambos integrantes de la relación. Y, en segundo lugar, como consecuencia del fallecimiento o declaración de fallecimiento de uno de sus dos integrantes.

La posibilidad de extinción por voluntad unilateral fue uno de los rasgos que diferencian a la unión estable de pareja del matrimonio, según la doctrina, viéndose amparado este punto de vista por la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/1998. Dicho rasgo diferenciador desapareció en 2005, mediante la reforma del Código civil, en materia de divorcio y separación, operada por la ley 15/2005, de 8 de julio, al eliminarse el modelo causal de separación y divorcio, vigente en España desde 1981.

La tercera de las causas de extinción se basa en el cese de la convivencia, sin existir un consenso en la legislación en cuanto al plazo que debe tener el citado cese convivencial (Cataluña –sin plazo establecido-, Valencia –con un plazo de tres meses-, Madrid, Canarias –con un plazo de cese de seis meses- y Aragón, Navarra, Baleares, Asturias, Andalucía, Extremadura, Cantabria –por cese de más de un año-). El establecimiento de plazos

concretos de separación implicará, además, un problema probatorio añadido, dado que no sólo deberá acreditarse el cese de la convivencia, sino también desde qué fecha se produjo aquél.

La cuarta de las causas de extinción radica en el matrimonio de cualquiera de los miembros (Cataluña, Aragón, Navarra, Valencia, Baleares, País Vasco, Madrid, Asturias, Andalucía, Canarias, Extremadura, Cantabria)

Al hilo de la autonomía de la voluntad de los integrantes de la relación, se fundamenta por parte de la legislación navarra y asturiana la posibilidad de extinción al darse los supuestos previamente previstos por sus integrantes en la escritura constitutiva.

Por último, sólo la legislación valenciana prevé la extinción de la relación de pareja estable para el caso de estar incurso uno de los miembros en un proceso de violencia contra su conviviente.

Tal como ya pudo comprobarse anteriormente, las formalidades para la constitución de la pareja estable no son excesivas: en unos casos, el otorgamiento de escritura pública; en otros, la inscripción en un registro al efecto (bien autonómico, bien municipal); y por último, por medio del transcurso de un determinado tiempo continuado de convivencia marital. Pues bien: para los dos primeros supuestos (otorgamiento de escritura pública e inscripción registral) las legislaciones correspondientes establecen para el conviviente que unilateralmente decide el cese de la convivencia, o bien para ambos, en el caso de que la decisión fuera conjunta, que la escritura pública deba ser dejada sin efecto, comunicando fehacientemente al conviviente este hecho, o bien llevando a cabo el correspondiente trámite ante el Registro en que la relación conste inscrita. Tal como ya se ha indicado anteriormente, no existe un consenso en cuanto a la duración que debe tener el cese convivencial entre las partes, que como también se ha expresado, supone también un problema probatorio añadido, dado que no sólo deberá acreditarse el cese de la convivencia, sino también desde qué fecha se produjo aquél. A esto puede añadirse que la publicidad registral que brindan los registros autonómicos o municipales puede plantear dudas futuras de constitucionalidad, dado que a tenor de lo dispuesto por el artículo 149.1.8 CE, es el Estado quien ostenta la competencia exclusiva en la ordenación de los registros

públicos y no las Comunidades autónomas²⁰⁸. Por lo tanto, debe partirse de que dichos registros son de carácter administrativos, a fin de poder con ello obviar todo problema de inconstitucionalidad, si bien ello es difícil de sostener, ante el carácter constitutivo que la inscripción supone para las relaciones de pareja estable en algunas Comunidades.

Entrando en el análisis de los efectos de la extinción de la relación de pareja, debe partirse de un rasgo común, dado que en se entenderán revocados los poderes otorgados entre ambos convivientes. Asimismo, desde el momento de la extinción de la relación de pareja, se inicia el cumplimiento de los pactos que ambas partes pudieran haber alcanzado, para el supuesto de ruptura de la relación de pareja.

Profundizando en los efectos económico-pecuniarios de la ruptura de la relación, debe también llevarse a cabo un análisis diferente de dichos efectos, según se trate de nuevo de contemplar la legislación autonómica de aquéllas Comunidades con competencias en Derecho civil, de aquéllas otras que no cuentan con este nivel competencial.

En el caso de Cataluña, su Código civil establece tres consecuencias económicas derivadas de la extinción de la pareja estable, ante la falta de pacto entre las partes: la atribución o en su caso distribución del derecho de uso de la vivienda familiar cuando uno de los dos convivientes tenga atribuida la custodia de los hijos comunes, o bien si resulta la parte menos favorecida tras la ruptura (artículo 234-8 CCC), la posible compensación económica por razón de trabajo para la casa, o bien si una de las partes ha trabajado para el otro conviviente sin retribución (artículo 234-9 CCC), o bien la fijación de una prestación alimentaria para el caso que tras la ruptura una de las partes no pueda atender sus necesidades básicas (artículo 234-10 a 12). Estos derechos podrán reclamarse ante la Autoridad judicial el improrrogable plazo de un año desde la extinción de la relación de pareja.

La legislación aragonesa reconoce en el artículo 310 de su Código del Derecho Foral el derecho del miembro de la pareja desfavorecido por la extinción de la relación a

²⁰⁸ O'Callahan, Xavier, *Consecuencias jurídicas de la unión de hecho*, en Cuadernos de Derecho Judicial, XX, 1997, página. 31.

solicitar una compensación económica por razón de trabajo para el hogar, la familia o bien para el otro conviviente. Se establece un plazo para el ejercicio de la oportuna reclamación de un año desde la extinción de la relación. Este mismo esquema utiliza la legislación balear en los artículos 9 y 10 de su ley, estableciendo el plazo de ejercicio de las acciones en un año. El País Vasco sigue esta línea en el artículo 6 de su Ley, si bien no expresa plazos concretos de ejercicio de acciones, por lo que se entiende efectuada la oportuna remisión a los plazos generales. La Ley Navarra fija en sus artículos 5 y 6 los derechos de alimentos y a la compensación económica, con un plazo máximo de ejercicio de la acción de tres años. Extremadura contempla la posible compensación económica entre convivientes, para el caso de que uno de éstos haya trabajado para el hogar o para el otro miembro de la pareja, con escasa o nula retribución, si ello genera desequilibrio patrimonial que conlleve enriquecimiento injusto (artículo 7). Esta misma situación aparece en la legislación cántabra (artículo 9).

El resto de Leyes autonómicas de Valencia, Madrid, Asturias, Andalucía, Canarias, y Galicia no establecen previsiones económico-pecuniarias para los supuestos de extinción de las parejas estables acogidas a su regulación si bien remiten la cuestión a la libertad de pactos entre los miembros de la pareja.

En este sentido, merece la pena hacer hincapié en la demanda reiterada a los tribunales de establecer pensiones compensatorias al amparo de lo dispuesto por el artículo 97 CC, efectuando con ello una aplicación analógica del precepto, al supuesto de las parejas estables²⁰⁹. Dado que como puede verse, existen diversas posibilidades de reclamación del derecho a ser compensado económicamente, o bien la posibilidad de solicitar una indemnización por enriquecimiento injusto, ante supuestos de ruptura, el Tribunal Supremo resolvió la cuestión fijando doctrina jurisprudencial en la Sentencia de 30 de octubre de 2008: *“La recurrente concentra inicialmente su esfuerzo argumental en sostener que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 3.1 y 4.1 del Código Civil, en relación con la doctrina establecida en la Sentencia de 17 de enero de 2003, por cuanto no ha aplicado*

²⁰⁹ Pérez Ureña, Antonio-Alberto: *op. Cit.*, Páginas. 85-103.

analógicamente lo dispuesto en los artículos 96 y 97 del Código Civil, aplicación justificada por la necesidad de proteger el más débil interés de la conviviente y de evitar el enriquecimiento injusto del varón, en perjuicio de la primera. Este argumento se refuerza con la denuncia -de nuevo- de la infracción del artículo 4.1 del Código Civil, esta vez puesto en relación con la doctrina establecida en la Sentencia de 16 de julio de 2002 , que propugna la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil”.

En consecuencia, reconoce el derecho del conviviente que se ha visto perjudicado por la extinción de la prolongada convivencia "more uxorio" a percibir una pensión compensatoria, en los términos previstos en dicho precepto.

Ese mismo argumento sirve de cierre al alegato casacional, con la invocación del criterio mantenido en la Sentencia de 5 de julio de 2001, que propugna la indicada aplicación analógica del régimen jurídico matrimonial a las uniones de hecho de larga duración, ahora con fundamento en los principios constitucionales consistentes en el libre desarrollo de la personalidad y la protección de la familia, que se contienen en los artículos 10.1 y 39.1 de la Constitución.

Debe señalarse, ante todo, que es pacífica la inexistencia de norma especial que regule las consecuencias de la ruptura de la convivencia extramatrimonial de que se trata: no es aplicable la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, reguladora de las uniones de hecho, pues además de que su inaplicabilidad deriva de la falta de constancia de la inscripción de la unión en el correspondiente registro administrativo, no establece, por ende, normas "ad hoc" más allá que la referida a la simple reserva de la libertad de pactos, también con acceso al registro, que en este caso, sin embargo, son inexistentes.

Como se deja sentado desde esa línea jurisprudencial, *“ya se ha indicado que el criterio jurisprudencial con arreglo al cual debe decidirse la controversia objeto del litigio y, por ende, de este recurso, es el que deriva de la Sentencia -de Pleno- de fecha 12 de septiembre de 2005, que, consecuente con su carácter plenario, tiene una finalidad claramente unificadora de la jurisprudencia que ha de servir, acorde con su carácter de fuente complementaria del ordenamiento jurídico, para resolver el conflicto, logrando al*

tiempo cumplir con las funciones propias de la casación, la nomofiláctica y ahora, en la misma medida, la función unificadora”.

Por tanto, conforme al criterio jurisprudencial expuesto, se debe rechazar a límite la aplicación analógica *-analogía legis-* de las normas reguladoras de las consecuencias jurídico-patrimoniales del cese de la convivencia marital, habida cuenta de la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones estables de pareja que permita dicha extensión normativa.

Por tanto, *“cobran especial importancia los datos fácticos de los que se nutre el proceso, tal y como se recogen en la sentencia de instancia, entre los que destaca la falta de constancia de un acuerdo de los convivientes, ya expreso, ya implícito, inferido de hechos concluyentes, que tuviese por objeto la constitución de un patrimonio común con los bienes adquiridos durante la convivencia, y la ausencia de un pacto regulador de las consecuencias de la ruptura de la pareja y la extinción de la unión de hecho”.*

No existe la debida constancia, por tanto, de la formación de un patrimonio común que deba liquidarse, resultado de un esfuerzo económico común, que se haya visto frustrado por la finalización de la convivencia, en perjuicio de uno de los convivientes, en cuanto que ambos mantuvieron su independencia en ese sentido, conservaron sus trabajos, y contribuyeron equilibradamente a sufragar los gastos propios de la convivencia.

En ese caso, *“tampoco se ha acreditado la mayor dedicación de la actora a su pareja o la familia, entendida ésta en los amplios términos en que constitucionalmente es considerada, ni que, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, la demandante haya quedado perjudicada en comparación con la situación anterior a la extinción de la unión al modo marital, o que se halle en situación de desequilibrio respecto del otro conviviente tras el cese de la convivencia, y, en suma, que ocupe una posición más débil, digna, por ello, de protección”.*

Y tampoco hay constancia, visto lo anterior, de la existencia de un enriquecimiento en el varón que conlleve el correlativo empobrecimiento de la demandante, aun entendido en sentido amplio, que, por ser injustificado, autorice a una reparación económica.

Faltan, por tanto, “los presupuestos necesarios para reconocer el derecho de la solicitante a una indemnización equivalente al 50% del valor de los bienes adquiridos durante la convivencia, toda vez que, sentada la improcedencia de la aplicación analógica de las normas reguladoras de la disolución y liquidación del régimen matrimonial de gananciales, no hay constancia de la voluntad de formar un patrimonio común, ni se aprecia el perjuicio de la demandante que sirve de base a dicha pretensión indemnizatoria”. Igualmente improcedente puede resultar el abono de la pensión compensatoria y la atribución del uso de la vivienda familiar, ya que la aplicación analógica de los artículos 96 y 97 está excluida; y el reconocimiento de tales derechos mediante la aplicación de principios generales por la vía de la analogía “*iuris*” pasa ineludiblemente por verificar la existencia de un perjuicio y un desequilibrio en la posición de la demandante respecto del otro conviviente y en comparación con la situación de convivencia, una vez cesada ésta, que justifique la compensación pretendida y la atribución del derecho de uso de la vivienda por ser portadora, en definitiva, del interés más digno de protección.

En conclusión, las circunstancias expuestas conducen del mismo modo a rechazar cualquier indemnización, y más aún compensación de todo género, con base en el enriquecimiento injusto, pues impiden apreciar desplazamiento patrimonial alguno y el empobrecimiento de la demandante, siquiera en un sentido lato del término, equivalente a “una pérdida de oportunidades como consecuencia de la dedicación familiar, que, sobre la base de su carácter injusto, sirvan para asentar la reclamación económica y patrimonial que se contiene en la demanda”, alcanzando por ello la declaración de que la jurisprudencia no establece analogía entre la unión de hecho y el matrimonio.

El derecho a indemnización depende, por tanto, de las circunstancias del supuesto, en virtud de la doctrina del “*enriquecimiento injusto*”²¹⁰.

²¹⁰ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2008, Roj: STS 7175/2008, Id Cendoj: 28079110012008101183

2.1.2.8. Posibles derechos hereditarios de la pareja estable

Las parejas estables han visto reconocidos derechos hereditarios únicamente en aquellas Comunidades autónomas que cuentan con competencias en materia de derecho civil: Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares, País Vasco y Galicia. La Comunidad Valenciana previó una posible herencia del supérstite en la relación, si bien la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, de 9 de junio, derogó el artículo 14 de la Ley, que regulaba esta materia²¹¹.

En el caso de Cataluña, el artículo 234-14 del Código Civil catalán establece la equiparación con el matrimonio, a los efectos sucesorios previstos por los artículos 231-30 y 31, en relación a los ya vistos derechos de uso de la vivienda por período de un año desde el fallecimiento y el ajuar doméstico, así como reconociendo el derecho a percibir una compensación económica por razón de trabajo (artículos 232-5 a 12 CCC).

Aragón reconoce también como derecho hereditario en el seno de las parejas estables los derechos de uso de la vivienda por el período de un año desde el fallecimiento y del ajuar doméstico (artículo 311 del Código de Derecho Foral). En tal sentido, los miembros de la pareja estable pueden otorgar testamento mancomunado y otorgar pactos sucesorios, pudiendo en su caso ordenar la sucesión mediante la fiducia que se prevé en la legislación aragonesa.

Navarra equipara en el artículo 11 de su Ley Foral 6/2000, para los supuestos de fallecimiento de un miembro de la pareja, la pareja estable con el matrimonio, estableciendo a favor del supérstite el denominado usufructo de fidelidad (Ley 253 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra), equivalente al usufructo vidual, tal como ya se comentó anteriormente. Asimismo, se ve equiparada la pareja estable con el matrimonio en

²¹¹ Villagrasa Alcaide, Carlos y Jiménez Aragonés, Antonia: *Los derechos sucesorios de la parejas de hecho en los derechos civiles catalán y aragonés*, Revista de Derecho de Familia, nº 14, enero de 2002, página. 21

la sucesión de bienes no troncales (Ley 304) y la incapacidad para ser contador-partidor de la herencia (Ley 341).

Baleares equipara en el artículo 13 de su Ley de Parejas estables al conviviente que sobreviviera con el cónyuge viudo en la sucesión testada, como intestada, haciendo por ello aplicable el régimen sucesorio regulado por los artículos 14 a 52 de la Compilación de Derecho Civil Balear.

En el caso del País Vasco, el artículo 9 de la Ley vasca de Parejas de Hecho tienen la misma consideración que las parejas casadas, a los efectos sucesorios previstos por la Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco, cabiendo la posibilidad de nombrarse herederos o comisarios recíprocos, incluso en un solo testamento mancomunado.

Por lo que a Galicia se refiere, dada la simple equiparación con el matrimonio que se efectúa en su Ley reguladora del Derecho civil de Galicia, por medio de su disposición adicional tercera resulta directamente aplicable lo dispuesto en cuanto al régimen hereditario entre cónyuges, respecto del usufructo de la herencia por parte del cónyuge viudo y la legítima, regulado por los artículos 228.

2.1.2.9. La pareja estable y la aplicación del derecho público

Tal como se comentó en el inicio del presente capítulo y se ha podido comprobar a lo largo del mismo, la pareja estable se encuentra tratada de forma desigual por parte de las Comunidades autónomas, como consecuencia del nivel competencial que cada una de las mismas tienen. Por otra parte, no debe olvidarse que determinadas materias de alta sensibilidad, como por ejemplo la regulación y gestión de las competencias de Seguridad social reside en el Estado y no en las autonomías, por lo que éstas no pueden regular las prestaciones estatales, ni tampoco el Estado ha querido ir más allá de la mención de la

existencia de las parejas estables y de las diversas regulaciones autonómicas, generando con ello un gran desorden en la aplicación normativa, tal como se ha expuesto ya²¹².

No obstante, las diferentes leyes de parejas estables autonómicas han ido ampliando algunos derechos que hasta entonces venían reconocidos únicamente al matrimonio a las parejas estables no casadas. En el caso de Cataluña, desde la entrada en vigor de la Ley 10/1998, de Uniones Estables de Pareja, sustituida por el vigente Código Civil de Cataluña, se equiparó a las parejas estables con las casadas, en materia de funcionariado de la Generalitat, en materia de excedencias voluntarias (por traslado del otro miembro de la pareja), permiso por fallecimiento o enfermedad grave del conviviente, así como de reducción de jornada por incapacidad física del conviviente. Con posterioridad, la pareja estable ha contado con otras equiparaciones a los derechos del matrimonio, como por ejemplo la aplicación de ventajas fiscales en el tratamiento del impuesto sobre sucesiones y donaciones, que aplica a las parejas de hecho los mismos tipos impositivos que al matrimonio.

En el caso de Aragón, desde la primera regulación de las parejas estables, los miembros de la pareja estable no casada tienen los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, en la aplicación del derecho público de Aragón, a excepción de las ventajas fiscales que sí se aplican al matrimonio²¹³.

Navarra equipara en su Ley a convivientes con cónyuges, respecto de la aplicación de la legislación fiscal navarra, teniendo igualmente el mismo tratamiento que los cónyuges en el Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra²¹⁴.

²¹² Villagrasa Alcaide, Carlos: *Las parejas de hecho: una realidad con distinto tratamiento*, Centro de documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial-XXIV, Madrid, 2005, páginas. 61-64.

²¹³ Bayod López, Carmen: *Pareja estable y requisitos de capacidad: ámbito de aplicación de la ley aragonesa de parejas no casadas (ley 6/1999, de 26 de marzo)*, revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 4, 2002. Página. 550

²¹⁴ Gavidia Sánchez, Julio: *Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables*, Actualidad Civil, nº 2, 2001, páginas. 607.

Valencia y Madrid equiparan también cónyuges y convivientes, en la aplicación de su legislación funcionarial, así como en materia de normas presupuestarias, indemnizaciones, subvenciones y tributos autonómicos²¹⁵.

Baleares equiparó en la aplicación de la legislación funcionarial a cónyuges con convivientes y asimismo amplía los derechos y obligaciones de los cónyuges a las parejas estables, en el marco competencial autonómico²¹⁶.

Asturias asimila las parejas estables con los matrimonios respecto de los empleados públicos del Principado de Asturias y también en cuanto a servicios y prestaciones públicas autonómicas en materia de protección familiar²¹⁷.

Andalucía parte de la base de considerar la unión estable de pareja como una unidad de convivencia familiar que se ve amparada por la normativa andaluza de Derecho público. Se deriva de ello que, por ejemplo, una pareja estable pueda solicitar en Andalucía la concesión de una habitación compartida en residencias geriátricas públicas de Andalucía, o bien se tendrá en consideración a la pareja de hecho, a los efectos de asistencia, rehabilitación e incorporación social de drogodependientes. Se equipara a los efectos sanitarios al conviviente con el cónyuge, de forma que será el conviviente quien pueda autorizar intervenciones, información o tratamientos relativos a su pareja. También se equipara la pareja de hecho en materia de tributos autonómicos y en la aplicación de la legislación autonómica en materia de funcionariado, con una cláusula general de equiparación de convivientes y cónyuges en las relaciones jurídicas con las Administraciones públicas de Andalucía, sin más límites que los provenientes de la legislación estatal.

²¹⁵ Gómez Calle, Esther: *La ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid*, Anuario de Derecho Civil, nº 2, 20013, páginas. 410.

²¹⁶ Pons-Estel Tugores, Catalina: *Proposición de ley de uniones estables de pareja en les Illes Balears*, en VV.AA, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, 2001, páginas. 895.

²¹⁷ Median Colunga, Covadonga: *Las uniones de hecho en la legislación y en la jurisprudencia: especial referencia a la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables*, Revista Jurídica de Asturias, nº 26, 2002, página. 42.

Canarias homologa a los convivientes en pareja de hecho con los cónyuges, en materia de legislación funcionarial canaria, aplicándose el derecho público canario a las parejas de hecho, en materia presupuestaria, subvenciones, tributos propios, pero no así respecto del tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas²¹⁸.

En Extremadura, el régimen funcionarial aplicable a los cónyuges es el mismo que se aplica a las parejas de hecho, atribuyéndose también a las parejas estables los servicios y prestaciones sociales de la Comunidad, tales como materia presupuestaria, subvenciones, tributos propios y fiscalidad autonómica.

El País Vasco equipara matrimonio y pareja de hecho en el marco de las competencias autonómicas, con carácter general y de forma especial, en materia funcionarial, legislación sanitaria (derechos de información y prestación de testimonio en caso de trasplante de órganos), derecho de no discriminación de la pareja estable en residencias geriátricas con respecto al matrimonio, aplicación de normas laborales públicas o privadas, introduciendo incluso una norma derogatoria general que hace que toda norma anterior, que se supusiera aplicable al matrimonio, también se aplicará a la pareja de hecho²¹⁹.

Cantabria configura en su Ley de una cláusula general por la que toda la normativa administrativa de Derecho público cántabro equipara a las parejas de hecho inscritas con los matrimonios. Se prevé en particular la posible solicitud conjunta de la pareja estable en una residencia geriátrica y derechos sobre información y consentimiento reconocidos en la legislación sanitaria a familiares allegados del paciente. Equipara también la pareja estable con el matrimonio en materia de prestaciones y servicios autonómicos, en el ámbito fiscal de la Comunidad y fija un compromiso autonómico de equiparar a los convivientes con los cónyuges, en cuanto a los deberes de formación, licencias, ayudas de acción social, condiciones laborales y similares que pudieran verse recogidos en los convenios colectivos.

²¹⁸ Rodríguez Domínguez, Carlos: *Análisis comparado y encaje de la Ley canaria de parejas de hecho*, Anales de la Facultad de Derecho, nº 22, 2005, página. 176.

²¹⁹ Iruretagoiena Aguirrezabalaga, Íñigo: *Análisis de la Ley Vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho*, Revista Vasca de la Administración Pública, nº 67, 2003, páginas. 312.

2.1.3 PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA” ANTE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PAREJAS ESTABLES

Tal como ha podido comprobarse, lejos de existir en España una necesaria armonización jurídica de la regulación de las parejas estables, que respetaría con ello el principio de seguridad jurídica a que vienen obligados los Poderes públicos del Estado (artículo 9 de la Constitución), nos enfrentamos a la existencia de doce legislaciones autonómicas en materia de parejas estables, que dependen de varios factores: del nivel competencial que cada Comunidad tiene en materia de Derecho civil, de la oportunidad política de que cada legislador autonómico haya ido haciendo uso, también de la voluntad expresa del legislador de reconocer a las parejas estables una equiparación con el matrimonio que, como se ha comprobado, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional niegan y, por último, de la voluntad real del legislador de reconocer la existencia de una institución familiar que ha existido legal y socialmente durante siglos, pero que en la actualidad cuenta con un plus: el beneplácito de la sociedad. Por ello, debería contar también con el reconocimiento legal amplio.

Asimismo, no puede desconocerse por ningún Poder público, ni tampoco por los operadores jurídicos, cuál es la realidad sociológica de España. No sólo se ha generado una conciencia social que no criminaliza a las parejas estables, sino que se ha generado una falsa creencia general de que las parejas estables se encuentran equiparadas al matrimonio a todos los efectos, cuando como puede verse en páginas precedentes, esto no es así. Por ello, caben dos opciones: o proceder directamente a equiparar *ex lege* la institución matrimonial con la unión *more uxorio*, o bien y todo ello, desde un claro principio de justicia, se debería proceder a la regulación de situaciones que pueden generar desigualdades entre los miembros de la pareja y situaciones claramente injustas, sobre todo en casos de ruptura de la unión de pareja.

Como se ha visto, existen muy diversas legislaciones autonómicas que no regulan con homogeneidad los derechos y obligaciones de las parejas estables, contando con reglas propias que establecen cuándo, cómo, a quién y a qué parejas se podrá aplicar una u otra

ley y qué ley deberá ser la que resuelva las reclamaciones que entre los miembros de la pareja pudieran surgir en casos de ruptura de la relación.

Por lo tanto, la propuesta que se puede ofrecer con respecto de la regulación de las parejas estables debe pasar por dos ámbitos distintos: el primero, la necesidad de brindar un marco jurídico a las parejas estables a nivel nacional, que brinde cobertura jurídica sobre todo a quienes no cuentan en su Comunidad autónoma con una regulación que, siquiera mínimamente, pudiera dar algún tipo de solución jurídica a las situaciones que pudieran ir surgiendo en la existencia de una relación estable de pareja y, sobre todo, en los supuestos de ruptura y de eventuales desequilibrios patrimoniales entre sus miembros. El segundo de los ámbitos necesarios de intervención pasaría por la fijación de normas que pudieran dar salida a los conflictos de leyes que pueden surgir como consecuencia de la multiplicidad legal ante la que nos encontramos y que pueden llevar a situaciones totalmente irracionales e injustas, a la hora de buscar una solución concreta a cada caso en que a los dos miembros de la relación se les deba aplicar una legislación distinta.

En cuanto a la primera cuestión, esto es, la necesidad de brindar un marco jurídico a las parejas estables a nivel nacional, que brinde cobertura jurídica a los miembros de las parejas estables y, sobre todo, a quienes no cuentan en su Comunidad autónoma, la necesidad de obtener una regulación general armonizadora debería brindar una regulación mínima de las siguientes cuestiones:

1.- Es necesario disipar todo género de dudas respecto de la constitucionalidad de la regulación brindada a las parejas estables. Tal como ya se indicó anteriormente, no sólo se ha atacado la constitucionalidad de las diferentes leyes autonómicas reguladoras, basándose en la vulneración de la libertad individual, sino también en el argumento de que algunas de estas leyes autonómicas vulneran el artículo 149.1.8º CE, al regular cuestiones civiles para las que la Comunidad autónoma carece de competencias, según algunos autores²²⁰. Algunos

²²⁰ de Amunátegui Rodríguez, L., Martínez Vázquez de Castro en “Las Leyes de parejas de hecho (Valencia, Madrid y Principado de Asturias): su adecuación con la Constitución Española”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Tomo III, Thomson Civitas, Madrid, 2003 (Pags. 4779-4797).

autores²²¹ llegan incluso a afirmar que la falta de regulación estatal en la materia comporta un caso de inconstitucionalidad por omisión derivada de la violación del principio de lealtad constitucional, manifestada en que la falta del ejercicio de competencias exclusivas del Estado impide que la legislación autonómica pueda desplegar unos efectos reales y plenos, sobre todo en los aspectos relativos al Derecho público, a la protección de las personas y en particular de la familia, en su más amplia acepción.

2.- Es imprescindible que una legislación sobre parejas estables estatal parta de considerar iguales en derechos a las parejas estables con respecto de las matrimoniales en materia de Derecho público, si verdaderamente se pretende la protección de la familia en su más amplio sentido y no sólo al modelo familiar que se basa en el matrimonio. De esta forma, una futura ley estatal tendría que evitar que se dependa de un determinado aspecto del estado civil para que se pueda contar o no con una asistencia social concreta, con un tratamiento tributario concedido únicamente al matrimonio (en materia de Impuesto sobre la Renta, o en el caso de la tributación por sucesiones, por ejemplo) o que los requisitos para ser beneficiario de una pensión de viudedad sean radicalmente distintos en el caso de que se reclame por razón de matrimonio previo o bien de relación estable. No olvidemos que países como Noruega²²² o bien Alemania²²³ equiparan matrimonio y pareja estable en su Derecho público, cosa que aquí ha sucedido única y limitadamente en la legislación autonómica, pero no estatal.

3.- La Ley reguladora estatal debería definir si la voluntad política pasa por la equiparación de pareja estable con matrimonio, o bien se está regulando una institución diferente en su contenido de derechos y de obligaciones. La legislación holandesa así lo hizo, mediante una fórmula simple basada en la expresión de que en aquellos preceptos en que se hacía referencia al matrimonio, se estaba a la vez haciendo mención a las parejas

²²¹ García Rubio, M^a Paz: *Las uniones de Hecho en España, una visión jurídica*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 10, Madrid 2007.

²²² Noack, T.: *Cohabitation in Norway: an accepted and gradually more regulated way of living*, en International Journal of Law, Policy and the Family, 15, Oxford University, 2001.

²²³ Ostner, Ilona.: *Cohabitation in Germany-Rules, Reality and Public Discourses*, en International Journal of Law, Policy and the Family, 15, Oxford University, 2001, páginas. 88-101.

estables. No obstante, para algunos autores²²⁴, esto supondría la infracción del artículo 32 de la Constitución, pues mientras el derecho al matrimonio se fundamenta asimismo en el derecho a no contraerlo, los efectos jurídicos de la unión estable de pareja aparecen en algunas de las legislaciones autonómicas por la vía de hecho: la convivencia continuada por un determinado período de tiempo, o bien por la filiación conjunta de los miembros de la pareja.

El punto de vista alternativo seguido por los países escandinavos consiste en considerar que la función de una legislación en materia de pareja estable debe acudir a proporcionar a la parte más débil de la relación la protección adecuada, sobre todo, en el momento de la ruptura, respetándose el más elemental principio de justicia.

4.- Una de las cuestiones más elementales que deberá regular una legislación estatal en materia de parejas estables consiste en aclarar si se requieren o no exigencias formales para su constitución, bien sea por la vía de los hechos (la convivencia o la filiación conjunta), o bien por la necesidad de otorgar escritura o documento público, o por la inscripción en un registro específico de parejas estables.

Con independencia del punto de vista personal, debería entenderse necesario que, al hacer referencia a parejas estables, comúnmente conocidas como parejas de hecho, deban ser los hechos los que marquen la existencia o no de la unión estable de pareja, despojando así la institución de requisitos formales como la inscripción en un registro oficial. Esta inscripción o bien el otorgamiento de escrituras notariales al efecto han llevado a que los otorgantes considerasen que la firma era la “ceremonia” o “celebración” de una forma de matrimonio de menor calado. Pero además, la exigencia de requisitos formales conlleva que muchas parejas queden fuera de la aplicación de la ley, puesto que de esta forma las parejas que no cumplieren con la formalidad concreta se verían excluidas del conjunto de derechos y obligaciones legales. En todo caso, de optarse por el requisito constitutivo de la

²²⁴ García Rubio, María Paz: *Las uniones de Hecho en España, una visión jurídica*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 10, Madrid 2007, página 127.

inscripción, sería muy recomendable la creación de una sección especial en el Registro Civil al efecto, dado que esta Institución es la que recoge los aspectos del estado civil de la persona y por ello debería recoger también la existencia o no de las relaciones de pareja que pudieran existir, no dejando la cuestión en manos de registros administrativos independientes unos de otros.

Evidentemente, si partimos de la autonomía de la voluntad y del libre desarrollo de la personalidad, está claro que nada empecería que la convivencia en pareja, por la que las partes decidieran que no les fuese aplicable la legislación en la materia, manifestada en documento público, pudiera conllevar la convivencia no regulada legalmente y a la que libremente y por voluntad de sus miembros se excluiría el conjunto de derechos y obligaciones al efecto.

5.- El régimen económico de la pareja estable debería ser, en congruencia con la decisión de no contraer matrimonio, el que las partes decidan tener, respetándose con ello la libertad civil que preside la institución, pudiendo con ello no sólo decidir qué sistema o régimen económico desean constante convivencia, sino también qué consecuencias económicas pueda tener entre ambos miembros la ruptura de la relación. A estos efectos, no sólo sería necesario tener en consideración lo relativo a los posibles pactos escritos entre las partes, sino también los posibles contratos implícitos y los propios actos de los miembros de la pareja durante la convivencia.

Con subsidiariedad a la libertad de pactos entre las partes, será necesario establecer la supletoriedad de un régimen económico que si bien pueda ser idéntico o no al matrimonial, sí al menos incluya unos mínimos básicos: el deber de asistencia mutua durante la convivencia, la presunción de comunidad de cargas, la eventual presunción de propiedad conjunta que tras la disolución lleve a la aplicación de normas de comunidad de bienes, cabiendo la posibilidad de que se marquen derechos posteriores a la relación: derechos sucesorios, compensatorios, derechos relativos a pensiones, y otros.

6.- La actual coyuntura obliga a que en todo caso, los miembros de la unión estable de pareja cuenten con un derecho conjunto a la adopción, todo ello con independencia de la orientación sexual de sus componentes. Evidentemente y, aunque no se haya expresado

anteriormente, la legislación estatal no debería diferenciar, como así lo hizo la primera ley catalana, entre parejas heterosexuales y homosexuales, pues es evidente que carecería de toda justificación otorgar derechos y obligaciones diferentes a unas y otras relaciones.

7.- Es necesaria también la modificación procesal correspondiente, que amplíe a las parejas estables y no sólo a las crisis matrimoniales o que afecten a menores aquellos procedimientos contemplados en los artículos 769 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto ya lo ha resuelto Cataluña, con la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprobó el vigente Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, mediante su disposición adicional quinta, que ordena que los procesos relativos a parejas estables se vean dentro de los procesos matrimoniales que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil, evitando con ello las discrepancias que sí existieron bajo la vigencia de la anterior Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, relativas a la posible aplicación de estos procedimientos ante las crisis de parejas estables, o bien el encauzamiento a través del proceso civil ordinario, debiendo tener cabida también la aplicación del artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de la adopción de medidas provisionales al proceso principal.

En cuanto a la segunda de las cuestiones que sería necesario regular, en relación a la fijación de normas que pudieran dar salida a los conflictos de leyes que pueden surgir como consecuencia de la multiplicidad legal ante la que nos encontramos y que pueden llevar a situaciones totalmente irracionales e injustas, a la hora de buscar una solución concreta a cada caso en que a los dos miembros de la relación se les deba aplicar una legislación distinta, en función de su vecindad civil o bien administrativa, son las Cortes Generales las que según el artículo 149.1.8ª CE las competentes para generar la legislación correspondiente en materia de conflictos de leyes, viéndose incluido en ello tanto las normas de Derecho internacional privado, como las de Derecho interregional.

Las diferentes Comunidades autónomas han incluido en sus legislaciones de parejas estables una serie de normas que delimitan su ámbito de aplicación, excediendo con ello sus propias competencias, agravándose aún más la cuestión ante la falta de una norma estatal de derecho interregional privado. Así las cosas y con independencia de que la falta

de la necesaria regulación en materia de derecho interregional exista en el caso de aprobarse una norma estatal reguladora de las parejas estables, no debe perderse de vista en primer lugar que en virtud del artículo 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en caso de que algún asunto que llegue a los tribunales pueda plantear la controversia en cuanto a la aplicación de diversas normas autonómicas, también el tribunal puede zanjar el tema planteando una cuestión de inconstitucionalidad que evidentemente obligaría un pronunciamiento claramente incierto. Pero igualmente es necesario tener en cuenta que ya por la Audiencia Provincial de Navarra de 12 de junio de 2002²²⁵, ante el planteamiento de una acción declarativa de condición de pareja estable, conforme a la Ley navarra, derivado un supuesto en que un conviviente tenía vecindad navarra y residencia en Soria. En este caso, la Sentencia aplicaba analógicamente las normas del matrimonio (artículo 9.2 del Código Civil), ante la ausencia de una norma de conflicto en materia de parejas estables. Esta solución analógica podría ser la adoptada, sin más, pudiendo incluso no ser necesaria la reforma exhaustiva de las normas de derecho interregional.

²²⁵ Id Cendoj: 31201370022002100123

2.2. EL DERECHO AL MATRIMONIO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

2.2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El matrimonio es, sin duda, una de las instituciones jurídicas que ha permanecido prácticamente inalterada en nuestro ordenamiento jurídico durante siglos y que, a la vez, ha experimentado una transformación enorme en España a lo largo de los últimos treinta y cinco años. Las ya citadas Leyes 11²²⁶ y 30²²⁷/1981 sentaron las bases definitivas del actual sistema de matrimonio civil en España que se alejó de la visión tradicional que la sociedad y el sistema jurídico español mantuvieron hasta entonces, dejando al margen determinados períodos muy breves en el tiempo.

El matrimonio, como institución que en España y hasta 2005, se ha venido definiendo como *la unión legal de un hombre y una mujer, encaminada al establecimiento de una plena comunidad de vida que funda una familia*, entendiendo que la institución en sí *no es una creación del Derecho, sino una institución natural y recogida por la Ley humana en cuanto pieza fundamental en la convivencia social, que es la que aquélla regula. Aparte de su importancia jurídica, el matrimonio la tiene, y mayor, religiosa, social y política*²²⁸. Este matrimonio civil se ha visto constituido mediante la prestación del consentimiento de sus miembros para contraerlo, prestado ante un testigo cualificado, que sería un funcionario público en el caso de tratarse de un matrimonio civil (Juez, Alcalde, Notario u otros) o bien ante un ministro religioso debidamente autorizado. Se alcanzaba con la instrucción previa de un expediente matrimonial para la comprobación de la inexistencia de impedimentos

²²⁶ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

²²⁷ Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación del Código Civil y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

²²⁸ Albaladejo García, Manuel, *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, Edisofer, S.L., Madrid, 2013, página 31.

para contraerlo y debía ser inscrito en el Registro civil, para cumplir así los fines de publicidad de las situaciones del estado civil de la persona que se exigen en España por el Código civil.

No obstante, esta configuración que actualmente la sociedad española tiene clara y no genera polémicas, partió en nuestra historia de una agria confrontación que provino de lo que se históricamente se ha denominado el *conflicto religioso* en España. No cabe duda de que éste ha sido uno de los grandes conflictos que el legislador ha tenido que afrontar a lo largo de los siglos (y sobre todo los Siglos XIX y XX), que ninguno de los amagos de reforma liberal del Estado logró afrontar con éxito y que incluso en algo básico, como el derecho a la libertad de conciencia, llevó que la Segunda República quebrase la unidad política de sus Cortes, al tratar la cuestión en sí, llegando a abandonarlas buena parte de sus miembros en la participación de los debates constituyentes²²⁹. Los debates parlamentarios relativos a la vigente Constitución de 1978 despacharon la cuestión en una única sesión y sin generar los conflictos que sí se vieron durante la Segunda República, si bien ello fue así ante la mera tolerancia de la Constitución con *estatus quo* anterior de las relaciones Iglesia/Estado, que resultaría plasmado finalmente en los Concordatos de España con la Santa Sede, de 1976²³⁰ y 1979²³¹. Estos constantes vaivenes históricos que imposibilitaron una revolución liberal del Estado y una evolución similar a la del resto de países europeos condujeron a que la regulación del matrimonio en España tuviera el contenido del matrimonio canónico exclusivamente, con lo que la historia y evolución del matrimonio civil en España ha tenido claras lagunas temporales que han impedido hasta las ya citadas reformas de 1981 la consolidación y aceptación social del sistema matrimonial civil.

²²⁹ Como así ocurrió con los representantes vasco-navarros (*Constituciones y períodos constituyentes en España, 1808-1936*, Jordi Solé Tura/Eliseo Aja Fernández, página 103)

²³⁰ Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español, hecho en la Ciudad del Vaticano el 28 de julio de 1976 (BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO nº 230, de 24 de septiembre de 1976).

²³¹ Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979 (BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO nº 300, de 15 de diciembre de 1979).

Pueden establecerse varias etapas en la evolución legislativa del matrimonio civil en España, que obligan por ello al examen separado de cada período. Seguidamente se analizarán estos períodos, que son los siguientes:

- a) *Sistema matrimonial civil anterior a 1870.*
- b) *Sistema de matrimonio civil obligatorio, tras la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870.*
- c) *Sistema de matrimonio civil subsidiario, según Decreto de 9 de febrero de 1875*
- d) *Sistema de matrimonio civil obligatorio durante la Segunda República.*
- e) *Restablecimiento del régimen de matrimonio civil subsidiario (1938-1967). El matrimonio civil en régimen de libertad religiosa, tras la Ley sobre libertad religiosa de 28 de junio de 1967.*
- f) *El sistema de matrimonio civil facultativo en el sistema constitucional de 1978.*

2.2.1.1. Sistema matrimonial anterior a 1870

La primera vez que en España se obtuvo una legislación civil que reguló el matrimonio al margen del sistema canónico fue a través de la denominada Ley Provisional de Matrimonio Civil, de 18 de junio de 1870. Hasta ese momento, la única forma admitida en España para contraer matrimonio fue la canónica, a salvo de determinados fueros especiales para ciudadanos judíos o bien los denominados “moriscos”. En este sentido y, tal como indica O’Callaghan, con anterioridad al siglo XIX el matrimonio civil era una institución desconocida²³².

Con anterioridad a 1564, se podía hablar en el ámbito del matrimonio religioso de un sistema de libertad de forma, del que derivaba el rito canónico solemne religioso *in facie ecclesiae* y el también y ya comentado matrimonio *a yuras*, consistente en un mero

²³² O’Callaghan, Xavier. *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*. Páginas. 23 y 24.

juramento sin forma externa y que ya fue comentado en el capítulo anterior, en torno a la evolución histórica de las parejas estables. De esta forma el Fuero Real acogió como único sistema válido el rito público y solemne, las Partidas prohibieron el matrimonio oculto y finalmente la Ley 49 de las Leyes de Toro, incluida en la Novísima Recopilación, proscribió todo rito matrimonial que fuera oculto, con sanciones penales y civiles. Sin embargo, no declaraban la nulidad del matrimonio, sino que lo consideraron válido.

Durante el reinado de Felipe II, la Real Cédula de 12 de julio de 1564 otorgó carácter de legislación del Reino al Decreto Tametsi, aprobado en la Sesión XXIV del Concilio de Trento, de 11 de noviembre de 1563, dando con ello carta de naturaleza en el ordenamiento español a la regulación canónica relativa al matrimonio, de forma que solo fue considerado válido en lo sucesivo el matrimonio celebrado ante sacerdote debidamente autorizado y con la asistencia de dos o tres testigos, en aras a la publicidad del mismo. Desde ese momento, los matrimonios secretos o clandestinos se declaraban nulos para el futuro, sin perjuicio de que los anteriores se vieran respetados. La nueva situación obligaba a que el sacerdote celebrante tenía que ser el del domicilio de los contrayentes, aun encontrándose en un lugar distinto a la residencia habitual, resultando posible la delegación a favor del sacerdote del lugar donde se pretendía contraer matrimonio. Tampoco se establecía la necesidad de presencia libre y activa del sacerdote/testigo cualificado, propiciándose la aparición de los denominados “matrimonios por sorpresa” y la posible coacción sobre los párrocos. Esta situación no sufrió alteraciones hasta la promulgación del Decreto *Ne Temere*, el 2 de agosto de 1907, por el que el celebrante debería ser el del lugar de celebración y no el párroco de los contrayentes, otorgando al celebrante un papel activo en el interrogatorio a los contrayentes sobre la prestación del consentimiento.

La posible existencia de un matrimonio civil no aparece en España hasta la Ley de 1870 tiene alguna voz discrepante como es el caso de Sánchez Román, para el que sí cabe hablar de una tradición histórica del matrimonio civil en España, pues según su criterio, desde que España se constituyó en nacionalidad con vida y Derecho propio a principios del siglo V, hasta que muy vencido el siglo XVI, Felipe II introdujo como legislación del Estado en materia matrimonial la reforma tridentina, bien puede decirse que coexisten las

formas civil y religiosa del matrimonio y por consiguiente, que se mantuvo en las leyes españolas el concepto de la secularización jurídica del matrimonio por un número de siglos evidentemente mayor que los poco más de trescientos años en los que subsiste como exclusivo, el matrimonio canónico después de la Real Cédula de aquel Monarca²³³.

No obstante, no es éste el punto de vista más extendido en la doctrina civilista, pues como dejó indicado Castán, esta visión es inexacta, pues los matrimonios clandestinos no tienen similitud con el matrimonio civil, pues eran admitidos por la Iglesia, mientras tenía un planteamiento contrario a los mismos, pero los aceptaba a fin de no entrar en contradicción con el Derecho canónico²³⁴. En un sentido parecido argumenta también Eloy Montero²³⁵, añadiendo que tanto el matrimonio de bendición, como el matrimonio a yuras se fundamentaban en el consentimiento de las voluntades de ambos contrayentes y en las formulas rituales papales como condición de validez en los matrimonios clandestinos, concluyendo que en modo alguno la forma menos solemne, laica y clandestina pueden asemejarse al matrimonio civil moderno.

Consecuentemente, sólo cabe hablar de una forma confesional del matrimonio canónico para España, no reconociéndose una distinta hasta 1870, a través de la Ley Provisional. Es más: al surgir la actividad codificadora, en 1851, se reiteró la forma canónica del matrimonio, a través de García Goyena quien, al formular el artículo 48 del Proyecto de Código aseveraba que *"El matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia Católica admitidos en España"*, comentando incluso que a la luz de la

²³³ Novísima Recopilación, 1, 1, 13, Ed. facsimil. Madrid. 1805.- *"Cierta y notoria es la obligación que los Reyes y los Príncipes cristianos tienen a obedecer, guardar y cumplir, y que en sus Reynos, Estados y Señoríos, se obedezcan, guarden y cumplan los decretos y mandamientos de la Santa Madre Iglesia ... y ... Nos como Rey Católico y obediente y verdadero hijo de la Iglesia, queriendo satisfacer y corresponder a la obligación en que somos, y siguiendo el ejemplo de los Reyes nuestros antepasados, de gloriosa memoria, habemos aceptado y recibido el dicho sacrosanto Concilio ; y queremos que en nuestros Reynos sea guardado, cumplido y ejecutado ; y daremos y prestaremos para la dicha execución y cumplimiento, y para la conservación y defensa de lo en él ordenado nuestra ayuda y favor, interponiendo a ello nuestra autoridad y brazo Real quanto será necesario y conveniente"*.

²³⁴ Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral*. Madrid 1944. Tomo III. Páginas. 458 y ss.

²³⁵ Montero, Eloy: *El Concordato y la legislación matrimonial*. Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Madrid, 1956. Páginas. 58-95

intención del Creador, el matrimonio es la *sociedad indivisible de varón y hembra para haber hijos y educarlos y para ayudarse mutuamente en todas las vicisitudes de la vida*, ya que a la vez que *el matrimonio por su origen y naturaleza es un contrato ; entre los cristianos es también sacramento : como contrato civil ha precedido a la institución de todos los sacramentos y al establecimiento de todas las religiones positivas, siendo su fecha tan antigua como el hombre*²³⁶.

Como consecuencia de lo anterior, el Proyecto de Código civil mantuvo la forma exclusiva del matrimonio canónico y sólo exigía los requisitos civiles necesarios para su celebración, en sus artículos 51 y siguientes, rompiendo así con las Corrientes liberales que inspiraron la codificación.

Esta línea se vio también mantenida a través de la firma del Concordato entre España y la Santa Sede, de 1851, firmado por Pío IX e Isabel II, dejando inalterada la visión matrimonial canónica ya expuesta, manifestando incluso su artículo 43, que *Todo lo demás perteneciente a personas o cosas eclesiásticas, sobre lo que no se provee en los artículos anteriores, será dirigido y administrado, según la disciplina de la Iglesia canónicamente vigente*.

2.2.1.2. Sistema de matrimonio civil obligatorio, tras la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870

Tal como indica Solé Tura, la Constitución de 1869 es el primer texto fundamental español que *puede considerarse la primera Constitución democrática de nuestra historia, precediendo en varias décadas conquistas semejantes de otros países europeos*²³⁷. A través de sus artículos 21 y 27, desaparecía la confesionalidad del Estado y se reconocía la

²³⁶ García Goyena, Florencio. *Comentarios y concordancias al Proyecto de Código Civil de 1851*. Tomo I. Página. 57.

²³⁷ Solé Tura, Jordi, y Aja, Eliseo: *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, página 57.

libertad de cultos, imponiéndose la previsión de que en España existiría finalmente un matrimonio civil, como única forma legalmente admitida. Bajo este nuevo marco constitucional, se presentó a las Cortes en 1869 un Proyecto de Código civil, que preveía como única forma reconocida de matrimonio la del matrimonio civil, como traducción de la inspiración liberal que dio pie al sistema jurídico reinante. De esta forma y en tanto no fuera promulgado el nuevo Código Civil, fue aprobada por las Cortes la Ley Provisional de Matrimonio Civil, el 18 de junio de 1870.

La Exposición de Motivos de la Ley brinda un concepto de matrimonio civil que afirma que *el matrimonio es la base de todas las instituciones humanas y el elemento generador de la sociedad misma. Sin matrimonio no hay familia, sin familia la sociedad no existe. El matrimonio es también una institución religiosa. Cuando el hombre y la mujer, mutuamente atraídos por las más dulces afecciones del corazón, llegan a unir sus destinos para no separarlos jamás, el sentimiento religioso, por adormecido que se halle en su alma, les arrastra a postrarse ante el Ser Supremo, para implorar las celestes bendiciones sobre un incierto porvenir, y su auxilio poderoso en el cumplimiento de los gravísimos deberes que para siempre contraen. Este doble carácter del matrimonio explica satisfactoriamente porque aparece siempre en la vida de los pueblos como una institución doblemente sagrada, que concurren a solemnizar las prácticas religiosas y la sanción civil. En este doble carácter del matrimonio descansa como firmísima base la legitimidad de la legislación del Estado que lo regulariza y protege. La religión legisla sobre el matrimonio, porque éste es una institución transcendental a la vida espiritual y moral del hombre. El Estado legisla también sobre él, porque a la vez constituye tan santa, el elemento esencial de su existencia. Éstas son evidentes y elementales verdades que ninguna escuela ha desconocido.*

Bajo el anterior enunciado, por el que la Ley de 1870 pretendió llevar a cabo una reforma legal liberal del matrimonio, se evidenciaban claros complejos del legislador con respecto de las reformas que abordaba y que no supo aplicar finalmente, conjugándolo adecuadamente con el principio constitucional de libertad religiosa. Esta reforma suponía sin duda alguna una aparente ruptura con la tradición social y en particular, con la forma.

Pero precisamente por ello, ante un proceso de reforma súbito, se hizo muy difícil que la propia sociedad comprendiese y aceptase una institución que, si bien por muchas razones era calcada del matrimonio canónico, el hecho de que la nueva institución jurídica fuera directamente impuesta y obligatoria a la ciudadanía hizo difícil su recepción y, más grave aún, su aceptación social general, llevando a algunos autores a considerar que habría tenido más éxito la adopción de un matrimonio civil facultativo y no obligatorio, tal como fue el caso²³⁸.

No obstante y tal como se ha apuntado, la reforma estaba llena de contradicciones y complejos que, además de quedar patentes en la Exposición de Motivos de la propia Ley, se evidenciaban también en su articulado. De esta forma, reconocía la perpetuidad e indisolubilidad del matrimonio (artículo 1); mantenía los impedimentos de orden sagrado y profesión religiosa (artículo 5); declaraba explícitamente que los contrayentes podían contraer matrimonio religioso, con independencia del civil, antes, después o simultáneamente a éste (artículo 34). Evidentemente, colisionaban los intentos de secularización del matrimonio con las tradiciones y el ambiente social, naciendo con ello la resistencia social que llevó a que muchas parejas sólo celebrasen el matrimonio ante la Iglesia.

Abundando en la cuestión, Luciano Barcia Martín afirma incluso que la ley violaba un derecho fundamental de la libertad religiosa de los católicos, a los que se imponía como obligatorio el matrimonio civil y con ello quedaban sometidos a la voluntad de los no creyentes en una aparente pretensión de igualarlos a todos ante la ley, cuando para hacer iguales a creyentes y no creyentes se despreciaba (o no se tenía en absoluto en cuenta) la fe de los creyentes²³⁹.

En cualquier caso, existiera o no una vulneración de la libertad religiosa de la ciudadanía, el arraigo del matrimonio canónico en España llevó a que al aprobarse tanto la

²³⁸ Rives Gilabert, José María: Evolución histórica del sistema matrimonial español, Noticias jurídicas, Editorial Bosch, Barcelona 2001.

²³⁹ Barcia Martín, Luciano. *Matrimonio y libertad civil en materia religiosa*. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1976, página 117

Ley, como el Reglamento del Registro civil, de 17 de julio y 13 de diciembre de 1870, respectivamente, los matrimonios civiles inscritos en los Registros civiles fueron escasos, frente a los registros parroquiales, que sí conservaron su ritmo habitual de inscripciones, por lo que la extensión de efectos del Registro civil se vio ralentizada y no se obtuvo inicialmente la finalidad perseguida, de constancia general del estado civil de las personas.

Para Escudero Escorza, “la fórmula con que el Gobierno liberal pretende dar solución a la cuestión matrimonial en España, no puede elaborarse prescindiendo de la Iglesia. La profunda conciencia católica de la Nación española, la conveniencia de unas amistosas relaciones con la Santa Sede y Jerarquía española, y el triunfo sobre el Carlismo, reclaman del Gobierno una solución matrimonial en el Código Civil, acorde con la Iglesia española”²⁴⁰.

Posiblemente por todo ello, la Ley Provisional del Matrimonio Civil, de 1870, acabó dando paso a los cinco años de su entrada en vigor a una nueva regulación del matrimonio, llevada a cabo por el Decreto de 9 de febrero de 1875, con un dato más que curioso: por medio de la Real Orden de 11 de enero de 1872 se constató un incumplimiento casi unánime de la Ley, por lo que los hijos nacidos de uniones canónicas se tuvieron que inscribir como hijos naturales, para finalmente, por medio de Circular de 20 de junio de 1874, del Presidente del Poder Ejecutivo de la Primera República, ordenó que no fuese autorizado matrimonio civil en los casos en que los contrayentes se hallasen ligados previamente por un matrimonio canónico no disuelto legalmente.

²⁴⁰ Escudero Escorza, Fernando. *Matrimonio de acatólicos en España*. Editorial Eset. Vitoria 1964, página. 86.

2.2.1.3. Sistema de matrimonio civil subsidiario, según Decreto de 9 de febrero de 1875

El ya citado Decreto de 9 de febrero de 1875 dibujó un Nuevo Sistema matrimonial, ante la fallida experiencia de la Ley Provisional de 1870. A su vez, la Real Orden de 11 de enero de 1872 obligó a que los hijos nacidos de matrimonios canónicos que se hubieran inscrito como naturales, verían rectificada su inscripción, inscribiéndose como legítimos en los asientos correspondientes. El Decreto, suscrito por Cánovas del Castillo, atribuyó plenos efectos retroactivos a los matrimonios canónicos celebrados desde la entrada en vigor de la Ley Provisional de 1870, restableció la forma canónica al matrimonio y preveía la forma exclusivamente civil de forma excepcional, para quienes declarasen no profesar el catolicismo. Este Decreto fue a su vez complementado por la Instrucción de 19 de febrero y la Real Orden de 27 de febrero de 1875, instruyendo a los Jueces Municipales al efecto, *"haciéndoles comprender que sólo pueden autorizar los matrimonios de aquellos que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia Católica"*. Cabe aclarar que estos Jueces Municipales eran legos en Derecho, equivaliendo su figura al actual Juez de Paz, por lo que estas aclaraciones tan básicas cobran su justificación en ello.

Con este sistema de matrimonio civil subsidiario quedaban apaciguados los ánimos, pero de cara a la confección definitiva del Código Civil, aún quedaba una pugna realmente curiosa desde el presente, que llevó que al alcanzar el Gobierno el Partido Liberal de Sagasta, no se prescindiese del matrimonio canónico en lo sucesivo. Todo ello es fácil de entender si la realidad social era la ya conocida, que era necesario mantener una cordial relación con la Santa Sede y por último, que el Carlismo aún contaba con fuerza suficiente, sobre todo en el clero.

Así las cosas y tras unas duras negociaciones con la Iglesia católica, León XIII aceptó la Base III, negociada por Alonso Martínez, de la Ley de 11 de marzo de 1888, que autorizó al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma. La mencionada Base III determinó que *Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que*

profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine el mismo Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.

El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia católica, admitidas en el Reino por la Ley 13, título I, libro I de la Novísima Recopilación. Al acto de su celebración asistirá el Juez municipal u otro funcionario del Estado, con el solo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

Se partía ahora de unos fundamentos anteriores a la Ley de Bases del Código Civil que respetaron la realidad social española (el Decreto de 9 de febrero de 1875 y la Real Orden de 11 de enero de 1872) que dieron paso a la Base III de la Ley de 11 de marzo de 1888, en cuya génesis también se había obtenido el beneplácito eclesiástico, evitando con ello la confrontación que sí se sufrió con la Ley Provisional de 1870. De esta forma, nacía por medio del Real Decreto de 24 de julio de 1889 el novedoso Código Civil español, cuyo originario artículo 42 venía a ratificar lo previamente en vigor: *La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico que deben contraer todos los que profesan la Religión católica, y el civil que se celebrará del modo que determina este Código.* Esta redacción fue poco afortunada, pues en apariencia obligaba a que los católicos contrajesen matrimonio, provocando comentarios doctrinales al respecto.

A su vez, el inicial artículo 75 expresaba que *Los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento admitidas como leyes del Reino.*

Con todo ello, para algunos autores²⁴¹, se alcanzaba un sistema dualista de matrimonio en el que el vínculo canónico era la clase principal, y el civil la subsidiaria, produciéndose una divergencia entre ambos ordenamientos, no sólo por cuestión técnico jurídica, sino fruto de una transacción. Para López Alarcón, el sistema configurado

²⁴¹ Suárez Pertierra, Gustavo. *Confesionalidad del Estado y sistema matrimonial español*. Revista española de Derecho Canónico. 1977. Número 94.

producía un reenvío por la Ley Española, con carácter formal, atribuyendo al derecho canónico la consideración de norma relevante, afianzando las relaciones entre los dos ordenamientos en la material y la aceptación del Estado de las posibles modificaciones que fuera introduciendo la Iglesia en la regulación del matrimonio²⁴². Para el autor citado, ésta debía ser la solución ante la evolución y cambios que el Derecho canónico pudiera experimentar, ya que según su razonamiento, *recepción* comporta la inserción de normas de un ordenamiento distinto en el propio, pudiendo ser *material* en el supuesto de que el ordenamiento receptor permite que la norma ajena a sí mismo regule la institución que corresponda, sustituyendo así la falta de regulación propia, o bien será *formal* cuando el ordenamiento receptor permite que la evolución de la norma extraña se pueda seguir aplicando para sí. En este sentido, la tesis de López Alarcón expresa que el Derecho español generaba sin más un reenvío formal que aceptaba los efectos propios del Derecho canónico.

Contrario a este punto de vista lo fue García Cantero²⁴³, para quien el artículo 42 del Código Civil establecía una recepción material del Derecho canónico, que quedaba patente por el artículo 75 del Código Civil.

No obstante y con independencia de las discusiones doctrinales, está claro que la recepción configurada fue meramente formal, al quedar abierto el ordenamiento español a la posible evolución del Derecho canónico, tal como así pudo comprobarse con los años, al aprobarse el primer Código de Derecho canónico, en 1917.

El originario artículo 42 del Código Civil planteaba, a su vez, claras dudas políticas al respecto de si realmente se pretendía una separación de poderes en España, o bien se estaba manteniendo una situación secular, pese al barniz liberal que se otorgaba a las reformas que se planteaban. La expresión contenida en el precepto relativa a *profesar la*

²⁴² López Alarcón, Mariano. *La disolución del matrimonio en Derecho Canónico y sus efectos civiles*. Anales de la Universidad de Murcia. Volumen XXI. Curso 62-63.

²⁴³ García Cantero, Gabriel. *Matrimonio civil de acatólicos*. Anuario de derecho Civil. 1954. Páginas. 115 y ss.

Religión católica supuso incluso que se cuestionase por parte del episcopado del momento la conveniencia de que quienes desearan contraer matrimonio civil debieran declarar su pertenencia o no a la Iglesia católica que para algunos autores²⁴⁴ simplemente era la muestra de una tolerancia al matrimonio civil que no tuvo el éxito deseado en 1870. Ante esta marea de eventuales interpretaciones de la norma, la propia Administración se vio en la necesidad de generar una norma específica de carácter interpretativo, plasmada en la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, que estableció que la mera declaración de uno de los contrayentes de no profesión de la religión católica podría abrir la posibilidad del matrimonio civil para ambos, creando un sistema facultativo del matrimonio. Posteriormente, el gobierno liberal a través de su Ministro de Justicia, el Conde de Romanones, sustituyó la norma anterior por la Real Orden de 27 de agosto de 1906, en el sentido de *que no se exija a los que pretenden contraer matrimonio civil conforme a las disposiciones de los artículos 86, 89 y siguientes del Código, declaración alguna relativa a la Religión que profesan ni más requisitos que los que la ley taxativamente establece*, suprimiéndose con ello la declaración de acatolicidad obligatoria y dando así paso al matrimonio civil electivo, en contra del artículo 42 del Código Civil, que llevó incluso a que algún Obispo, como el de Badajoz, interpusiera recurso contencioso administrativo contra la disposición. Finalmente, esta polémica fue zanjada de nuevo y de forma definitiva por la nueva Real Orden de 28 de febrero de 1906, que acogía de nuevo el criterio de 1900, exigiendo la declaración de acatolicidad de, al menos, uno de los contrayentes, a fin de poder aplicar el matrimonio civil, manteniendo su vigencia hasta 1931, en que una vez proclamada la II República y aprobada su Constitución, fue dictada Orden de 10 de febrero de 1932, por la que dejó de exigirse la declaración relativa a las creencias religiosas, para poder acceder al matrimonio civil.

Entre tanto, el 27 de mayo de 1917 fue promulgado el primer Código de Derecho Canónico, por medio de la Constitución Proidentissima Mater Ecclesia, que entró en vigor el 19 de mayo de 1918 y fue aprobado para España por el Pase Regio otorgado por Real

²⁴⁴ Hernández Ascó, Miguel.- *Problemas latentes en el sistema matrimonial español: Discurso para la apertura del curso 1964-1965 de la Universidad de Valladolid*. Universidad de Valladolid. Valladolid, 1964.

Decreto de 19 de mayo de 1919. El nuevo canon 1.099 recogía la doctrina del Decreto *Ne Temere*, en cuya virtud se consideró por algunos la conveniencia de que el artículo 42 del Código Civil fuera aplicado estrictamente, de forma que el matrimonio civil no fuera admitido para los bautizados o conversos católicos. En todo caso, continuó siendo aplicada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, confirmada por la de 28 de junio de 1913, llegándose incluso a ordenar la apertura de diligencias penales contra un Juez Municipal que, constándole la condición de bautizados de los contrayentes, se negó a celebrar el matrimonio civil. Una vez más, esta situación generó de nuevo quejas, que no se verían resueltas hasta casi setenta años más tarde.

2.2.1.4. Sistema de matrimonio civil obligatorio durante la Segunda República

La proclamación de la Segunda República, el 14 de abril de 1931, supuso un claro punto y aparte con el sistema anterior y, sobre todo, como consecuencia de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, se dispuso en su artículo 3, sin mayor explicación ni excepción que El Estado español no tiene religión oficial, rompiendo así la tradición constitucional española, al no mencionar ningún credo religioso en su articulado, como religión propia, mayoritaria u oficial para España, obligando a todas las confesiones religiosas a constituirse en asociaciones.

El artículo 43 del nuevo texto constitucional establecía que *La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa.* De ello se colegía un sistema de matrimonio civil obligatorio, de forma que por Orden de 10 de febrero de 1932 se dispuso la no exigencia de declaración relativa a las creencias religiosas de los contrayentes, retornando el sistema de matrimonio civil facultativo, desechando el sistema de prelación de fuentes que durante el período anterior se había mantenido, respecto del Derecho canónico. Meses más tarde, mediante la Ley de 28 de junio de 1932, se instauraba para España el sistema de matrimonio civil obligatorio para los contrayentes, de forma que A

partir de la vigencia de la presente Ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones ... de la misma.

Esta nueva Ley daba pie a una antinomia legal, respecto del contenido del artículo 42 del Código Civil, añadiendo otras novedades como la supresión del impedimento de ligamen religioso, la declaración de competencia de la jurisdicción civil del Estado para la resolución de toda cuestión de Derecho de familia (incluida la validez o nulidad de los matrimonios canónicos anteriores a la Ley), la carencia de efectos de las resoluciones de Tribunales eclesiásticos y, por último, no ordenaba la lectura del artículo 57 del Código Civil, avanzándose a los tiempos, dado su contenido (*El marido debe proteger a la mujer y ésta, obedecer al marido*), eliminando todo atisbo de significado espiritual o emotivo de la institución matrimonial. Esta nueva regulación acudía al sistema de la Ley Provisional de 1870, si bien iba más allá, al añadir el mandato constitucional de laicidad del Estado, basada en el patrón del matrimonio civil francés.

En este estado de cosas, la nueva regulación llegó a provocar que el Cardenal Primado de Toledo, Pedro Segura, remitiese una Circular al resto de Obispos españoles en contra de la nueva regulación, y frustró al mismo tiempo la posición de acercamiento de la Iglesia a la República, impulsada por el Nuncio de la Santa Sede, Cardenal Tedeschini, y el Primado de Tarragona, Cardenal Vidal y Barraquer. De esta forma, el 20 de diciembre de 1931 los Obispos españoles emitieron una declaración conjunta en torno a la situación política y legislativa de la República, advirtiendo que *No menos dolorida hemos de exhalar nuestra voz pastoral si nos detenemos a considerar los derroteros que se apresta a seguir la legislación española en lo concerniente ... al matrimonio ...*, pues *el matrimonio es padre y no hijo de la sociedad civil y por este sólo concepto habrían de merecer de ésta los máximos respetos ... Inseparable como es el contrato nupcial del sacramento en el matrimonio cristiano, toda pretensión del legislador a regir el mismo vínculo conyugal de los bautizados implica arrogarse el derecho de decidir si una cosa es sacramento, ello contraría la ordenación de Dios y constituye una inicua invasión en la soberanía espiritual de la Iglesia, que en virtud de la Ley Divina y por la naturaleza misma del matrimonio cristiano a ella corresponde exclusivamente*, exhortando incluso a que *no se olvide que,*

para los católicos, el válido y legítimo matrimonio es sólo el canónico y sacramental celebrado in facie Ecclesiae, y por ésta regulado ; a la jurisdicción civil compete solamente regular los efectos meramente civiles del matrimonio cristiano ... Quienes prescindiendo del matrimonio canónico, y sólo cumplidas las formalidades legales osaren vivir como cónyuges, faltarán gravísimamente a su conciencia de católicos, quedando excluidos de los actos legítimos eclesiásticos y privados de sepultura sagrada, si antes de morir, no dieran señales de penitencia²⁴⁵.

2.2.1.5. Restablecimiento del régimen de matrimonio civil subsidiario (1938-1967). El matrimonio civil en régimen de libertad religiosa, tras la *Ley sobre libertad religiosa de 28 de junio de 1967*

A través del pronunciamiento militar, del 18 de julio de 1936, origen de la Guerra Civil, aparecía un sistema político diferente, tanto al republicano, como también al de la Restauración, basado en el no reconocimiento de derechos fundamentales que sí reconocía la Constitución republicana y que desde sus inicios dio muestras de unas marcadísimas influencias religiosas.

El nuevo Gobierno militar dismanteló la reforma del matrimonio civil llevada a cabo por la Segunda República, a través de dos Leyes: la primera, de 12 de marzo de 1938, que derogó la Ley de Matrimonio Civil de 1932, reconociendo la plena validez civil de los matrimonios canónicos celebrados bajo su vigencia, exigiéndose en lo sucesivo y una vez más, en virtud de la Orden de 22 de marzo de 1938, la declaración de acatolicidad, para la celebración del matrimonio civil, tal como ya lo había obligado la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, antes comentada.

La segunda de las disposiciones que concluían la demolición del sistema matrimonial de la Segunda República se encuentra en la Ley de 23 de septiembre de 1939,

²⁴⁵ Vidal i Barraquer, Francesc d'Assís: *Iglesia y Estado durante la Segunda República española, 1931-1936*, Archivo Vidal y Barraquer, Epoca 30 octubre 1931 al 12 abril 1932. Edición M. Batllori y V.M. Arbeloa. Monserrat 1975.

que originaba una inmensa fuente de conflictos personales en lo sucesivo, dado que por una parte, derogaba la Ley de Divorcio de 11 de marzo de 1932, que previamente había sido suspendida en su aplicación por medio de Decreto de 2 de marzo de 1932, declarando la vigencia del derogado Título IV del Libro I del Código Civil; y, por otra, fijaba las reglas relativas a la nulidad de sentencias de divorcio dictadas bajo la vigencia de la Ley republicana, disolviendo también por causa de nulidad matrimonios civiles celebrados tras un previo divorcio de alguno de sus contrayentes, infringiendo claramente los principios de irretroactividad de las normas y de seguridad jurídica, con la consecuencia inmediata de que los hijos nacidos de estos matrimonios (legítimos bajo el régimen legal derogado) pasaban a ser considerados hijos ilegítimos, con las consecuencias a todos los niveles que de ello se derivaban (familiares, hereditarias o sociales).

A mayor abundamiento, se generaron también problemas basados en que personas casadas según la Ley de Matrimonio civil de 1932 consideraron que no estaban vinculados canónicamente, por lo que algún párroco llegó a celebrar matrimonios canónicos respecto de dichas personas, planteándose con ello situaciones de lo que López Alarcón alcanza a denominar como bigamia formal²⁴⁶. No obstante, la jurisprudencia penal no entendió que concudiesen elementos suficientes para incriminar a los contrayentes, dado que no existía malicia en su actuación, determinándose por medio de Resoluciones de 23 de abril de 1949 y 15 de octubre de 1960 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el Juez Encargado del Registro Civil no debía asistir a la celebración del segundo matrimonio (el canónico), ni tampoco proceder a inscribirlo, aclarando la cuestión definitivamente la Resolución de 15 de julio de 1961, al entender que *constatado auténticamente el matrimonio civil no se procederá, por consiguiente, a la inscripción del matrimonio canónico ulterior celebrado con otra persona, salvo que el matrimonio civil hubiese sido declarado nulo conforme a la legislación española, ya porque profesaban al contraerlo la*

²⁴⁶ López Alarcón, Mariano. *Matrimonio civil y matrimonio canónico. Ordenamiento actual en España y legislación comparada*. Preter. Año XXV. Número 98. Octubre - diciembre 1977. Páginas. 18 y 19.

Religión católica e infringieron por tanto el artículo 42 del Código Civil o ya por otra causa legal.

Otro paso posterior dado para la fijación del criterio interpretativo del artículo 42 del Código Civil apareció por medio de la Orden de 10 de marzo de 1941, por la que *Los Jueces Municipales no autorizarán otros matrimonios civiles que aquellos que habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la Religión católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes o en el caso de que esta prueba documental no fuere posible, presten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios.* Es decir: se exige una prueba documental de la ausencia de bautismo (y, por tanto, de no pertenencia a la Iglesia católica).

No se trataba, pues, de que bastase la palabra del contrayente, como sí ocurría con la Real Orden de 1900, o también en la Orden de 1938: a partir de ese momento o bien se acreditaba documentalmente la pertenencia a una religión distinta a la católica, o se aportaba una declaración jurada de no haber sido bautizado, con la sanción de que si esta declaración fuese falsa, el matrimonio carecería de efectos civiles. Evidentemente, esta concepción rígida y ultraprotectora del matrimonio canónico carecería de todo sentido en la actualidad, por lo que para poder comprender su sentido y significado no puede obviarse el contexto histórico y sociológico de la inmediata posguerra en España.

Por otra parte, tampoco la doctrina científica ayudó demasiado, pues las expresiones *acatolicidad* y *no haber sido bautizados en la Iglesia Católica* generaron dos corrientes interpretativas. La primera de ellas, encabezada por López Alarcón²⁴⁷ incluía bajo el término acatólico a los bautizados excomulgados, considerando por ello que la prueba documental exigida debía ser: 1) Para católicos bautizados, la bula de excomunión. 2) Para los acatólicos no bautizados, el documento que así lo demostrase, debiendo tenerse en cuenta que por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 28

²⁴⁷ López Alarcón, Mariano. *La demostración de acatolicidad en los matrimonios civiles.* Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Número 230 de 15 de mayo de 1953.

de junio de 1951, la prueba documental podía consistir también en el documento acreditativo de la notoriedad de pertenecer a familias de confesión acatólica: el acta notarial, la prueba testifical con intervención del Ministerio Fiscal, o bien el testimonio de sentencia de juicio declarativo. En este sentido, la declaración jurada se convertía en medio probatorio subsidiario, para el caso de resultar imposible la obtención de prueba documental al efecto.

La segunda de las interpretaciones doctrinales²⁴⁸, encabezada por Gabriel García Cantero, partía de criticar una defectuosa técnica de la Orden de 1 de marzo de 1941: si un católico pasaba a profesar una religión distinta, no podría manifestar una declaración jurada de no haber sido bautizado, cosa que no sucedería a quien nunca hubiera sido bautizado, de forma que sí podría prestarla y contraer matrimonio civil, entendiéndose que ello generaría una desigualdad indeseada por el legislador, por lo que de conformidad con el Derecho Canónico, el matrimonio civil era posible solamente a los no bautizados, quedando como única prueba al efecto la oportuna declaración jurada.

Entre tanto, el Estado Español suscribió el Concordato de 27 de agosto de 1953, estableciendo su artículo 23 que España reconocía plenos efectos civiles al matrimonio canónico, siendo suficiente para su reconocimiento la inscripción del acta de matrimonio canónica en el Registro Civil. Asimismo, para los casos de matrimonios mixtos entre católicos y no católicos, el Estado se comprometía a armonizar su legislación con la canónica, por lo que el Gobierno español emitió el Decreto de 26 de octubre de 1956, por el cual se modificó el artículo 37 del Reglamento del Registro Civil: *De conformidad con el artículo 42 del Código Civil, el matrimonio civil será autorizado en el sólo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión católica.*

Por medio del Concordato se reconocían los efectos civiles del matrimonio canónico, sin alterar el sistema del Código Civil, ni la interpretación oficial de la Orden de 1941. Esto hizo nacer una corriente doctrinal que abogó por la reforma del Código Civil,

²⁴⁸ García Cantero, Gabriel. *Matrimonio civil de acatólicos*. Anuario de Derecho Civil de la Universidad Complutense Madrid, 1954. Páginas. 115 y siguientes.

para adecuarlo directamente al Derecho canónico. Como refuerzo de esta corriente se encontraba el hecho de que el ya citado artículo 23 del Concordato, junto con el 41 del Reglamento del Registro Civil, en el caso de bautizados católicos, se imposibilitaba el matrimonio civil a los mismos, sin el control previo por parte de la Iglesia de la prueba presentada. En este sentido, el Juez debería informar a la Autoridad eclesiástica, no siendo posible la celebración del matrimonio civil hasta transcurrido un mes desde la comunicación al Obispado correspondiente.

En medio de esta marea interpretativa, por la que el Decreto de 26 de octubre de 1956 motivaba grandes dudas relativas a su aplicación, para algunos autores como López Alarcón²⁴⁹, que manifiesta decepción para quienes contaban una recepción absoluta del Derecho canónico matrimonial en el Ordenamiento español. Por este motivo, la Dirección General de los Registros y del Notariado tuvo que resolver muchas consultas en torno al nuevo artículo 100 del Reglamento del Registro Civil, ante las dudas relativas a la posibilidad del matrimonio civil de los apóstatas. Esta cuestión se resolvió por la Circular de 2 de abril de 1957, que exigía para los apóstatas *prueba suficiente y adecuada de su actitud ostensiblemente desvinculadora y apóstata de la dogmática fundamental del catolicismo, lo suficientemente expresiva para llevar al ánimo del Juez, la convicción de una auténtica apostasía*, advirtiendo de una forma tajante que no podía admitirse sin más la apostasía *que tienen lugar al tiempo que se pretende contraer matrimonio civil, pues bien pudieran ser motivadas más que por un cambio de fe, por el deseo de eludir la disciplina canónica del matrimonio*, por lo que en muchos casos, la consulta relativa a la apostasía de los contrayentes acababa llegando ante la Dirección General, que a través de las consultas correspondientes acababa decidiendo en cuestiones matrimoniales. Tal como en este sentido apunta Escudero Escorza²⁵⁰, el matrimonio civil lo podían intentar quienes en documento oficial o escrito público no relativo al matrimonio manifestase su acatolicismo o su ateísmo y por ello se les pudiera aplicar el contenido de la Circular de la

²⁴⁹ López Alarcón, Mariano. *El matrimonio civil de los acatólicos. Notas al Decreto de 26 de octubre de 1956*. Anales de la Universidad de Murcia. Volumen XV. Curso 56-57.

²⁵⁰ Escudero Escorza, Fernando. *Matrimonio de acatólicos en España*. Editorial Eset. Vitoria 1964.

Nunciatura Apostólica, de 25 de marzo de 1957, por la que *procederá que los Ordinarios hagan la declaración no sólo de la pena de excomunión, sino también de la pena de infamia de derecho incurridas por los apóstatas que intentan matrimonio mediante el acto civil*. Como se ha visto, la no profesión de la religión católica era objeto de prueba y no era suficiente la declaración jurada de acatolicidad, si bien a criterio de algunos autores²⁵¹, el Decreto de 1956 suponía una suavización del criterio anterior, acordado por la Orden de 1941.

Casi a renglón seguido, el 8 de junio de 1957 se promulgó la Ley del Registro Civil y posteriormente, por Decreto de 14 de noviembre de 1958 su Reglamento. Ambos textos mantenían la obligación de acreditar la no profesión de la religión católica para hacer viable el matrimonio civil, debiendo aportarse la prueba en la solicitud inicial para la formación de expediente matrimonial, ajustando la regulación registral a las obligaciones del Concordato.

Pese al farragoso camino que tuvo que seguir el matrimonio civil tras la Guerra Civil, lo cierto es que con el paso del tiempo fue aumentando tanto el número de matrimonios civiles de apóstatas, como también la urgencia en acomodar la legislación a la realidad. De esta forma, el Régimen dio un nuevo paso con la Ley de 24 de abril de 1958, que tenía la pretensión de armonizar la regulación civil con lo pactado por el Concordato de 1953, alcanzando un sistema de matrimonio civil supletorio, que obligó dar una nueva redacción al artículo 42 del Código civil y afianzando con ello la influencia del Derecho canónico en el orden civil. El nuevo artículo 42 quedaba configurado como sigue: *La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la Religión católica. Se autoriza el matrimonio civil, cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la Religión católica.*

²⁵¹ Rives Gilabert, José María: *Evolución histórica del sistema matrimonial español*, Editorial Bosch, Noticias jurídicas, Barcelona, 2001.

Para autores como Hernández Ascó²⁵², la reforma fue la consecuencia del Decreto de 26 de octubre de 1956. La nueva redacción contempla dos clases y no dos formas de matrimonio. Y a diferencia de lo ocurrido con la Orden de 1941, aun manteniendo la necesaria acatolicidad, no marcaba su prueba tasada, pues a través del Concordato y la nueva redacción del artículo 42, quedaba vedado el matrimonio civil a los católicos, obligados por el Código de Derecho Canónico, destinándose el matrimonio civil, según López Alarcón²⁵³, en cuanto a quienes no profesan la Religión católica, a los infieles, los bautizados en la herejía o en el cisma, los católicos bautizados o conversos que hubieran apostatado y los excomulgados. Para quienes no profesasen el catolicismo, la no profesión debería ser probada y no era suficiente una declaración, sin más, no habiendo quedado detallado ni legal ni reglamentariamente cuáles debían ser dichas pruebas, por el artículo 246 del Reglamento del Registro civil, según su texto de 1958: *Mientras transcurre el mes o se tramitan los edictos o proclamas, se practicarán las pruebas propuestas o acordadas de oficio, encaminadas a acreditar la Religión, estado o domicilio de los contrayentes o cualquier otro extremo necesario*. Por ello, en la práctica habitual se acudía habitualmente a la prueba testifical de personas católicas que acreditaran la acatolicidad de los contrayentes, un informe policial que incluyese alguna prueba documental relativa a religiones distintas, por ejemplo. En todo caso y dadas las facultades del Encargado del Registro civil, también podía bastar la convicción alcanzada directamente por el Encargado del Registro, mediante la manifestación de los contrayentes y también por medio de la mera exploración de éstos, si bien se recomendaba en la práctica que para evitar la nulidad de matrimonios civiles como consecuencia de un posible fraude, siempre sería conveniente la declaración testifical que reafirmase la manifestación de los contrayentes, o bien un certificado negativo de bautismo de la parroquia de nacimiento de la persona interesada. Este criterio fue incluso exigido por medio de la Circular de 2 de abril de 1957, de la

²⁵² Hernández Ascó, Miguel: *Problemas latentes en el sistema matrimonial español: Discurso para la apertura del curso 1964-1965 de la Universidad de Valladolid*. Universidad de Valladolid. Valladolid, 1964.

²⁵³ López Alarcón, Mariano.- *El matrimonio civil y su inscripción*. Pretor. Mayo - Junio 1959.

Dirección General de los Registros y del Notariado, que obligaba que para los apóstatas, se acreditase la actitud ostensiblemente desvinculadora de la dogmática católica, debiendo basarse en los medios probatorios permitidos por la Ley. Este criterio vino también apoyado en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con respecto de la expresión *no profesar*, de 13 de enero de 1962, 8 de febrero de 1962, 25 de octubre de 1962, 3 de septiembre de 1963 y 8 de octubre de 1963.

En definitiva, el matrimonio civil quedaba prohibido para los católicos, alcanzando el Tribunal Supremo a entender nulos aquellos matrimonios en que los contrayentes fueran católicos, ante la obligación canónica de las mismas, por Sentencias de 21 de octubre²⁵⁴ y 12 de noviembre²⁵⁵ de 1959o 12 de diciembre de 1961²⁵⁶.

Un siguiente paso en la línea de cambios sociales apareció en nuestro Ordenamiento a través de la Ley de 28 de junio de 1967, sobre ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa, que entre otras, fue consecuencia de la declaración *Dignitatis Humanae*, uno de los frutos del Concilio Vaticano II. La nueva Ley proclamaba en su artículo 1.3 que *El ejercicio del derecho a la libertad religiosa, concebido según la doctrina católica, ha de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus Leyes Fundamentales*, añadiendo en su artículo 6 que *Conforme a lo dispuesto en el artículo cuarenta y dos del Código civil, se autorizará el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propias de las distintas confesiones no católicas que podrán celebrarse antes o después*. El nuevo planteamiento que efectuaba la nueva Ley añadía en su artículo 32, respecto de la prueba de la no profesión del catolicismo que *1. La adscripción a una determinada confesión religiosa se acreditará mediante certificación del Ministro competente para extenderla. 2. La no adscripción a una confesión religiosa se acreditará mediante declaración expresa del interesado. 3. El abandono de una confesión religiosa exigirá la*

²⁵⁴ Id Cendoj: 28079110011959100172

²⁵⁵ Id Cendoj: 28079110011959100467

²⁵⁶ Id Cendoj: 28079110011961100415

prueba de que el mismo ha sido comunicado al Ministro competente de la Religión que hubiere sido abandonada

De esta forma, por medio de Decreto de 22 de mayo de 1969, se vio modificado el Reglamento del Registro Civil, en sus artículos 244, 245, 246 y 248 y, así, *si se trata de personas que hubieran abandonado la Religión católica, se exigirá que a la mayor brevedad que se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encargado por correo certificado con acuse de recibo.* Tal como puede comprobarse, la necesidad de probar la acatolicidad permaneció, pero se producía una reducción del rigor en la prueba, al descargar la misma de las obstrucciones, las consultas y las ambigüedades de la no profesión, tal como López Alarcón apuntó²⁵⁷. A su vez, la prueba de la acatolicidad se reducía al requisito formal de la comunicación al Párroco.

Para Carrión Olmos²⁵⁸, la reforma lo fue únicamente con carácter procesal, sin alterar el carácter subsidiario del matrimonio civil que si bien suavizaba los requisitos de la prueba de acatolicidad. Prueba de la atenuación en los requisitos probatorios se encontró en diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como la de 3 de agosto de 1970, que estableció que *en armonía con lo dispuesto por los artículos 31 y 32 de la Ley de 28 de junio de 1967 sobre libertad religiosa, el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil en la nueva redacción dada por el Decreto de 22 de mayo de 1969 admite la declaración expresa de los interesados de no profesar la Religión católica como medio de prueba idóneo a los efectos de los artículos 42 y 86 del Código Civil, como lógica consecuencia del hecho de que quien dice no profesar, en efecto no profesa, aunque pertenezca por el bautismo a tal Religión.* Al hilo de esta Resolución, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cobró mucha importancia la Instrucción de 22 de marzo de 1974, relativa al expediente matrimonial previo a la

²⁵⁷ López Alarcón, Mariano, op. Cit.

²⁵⁸ Carrión Olmos, Salvador. *Historia y futuro del matrimonio civil en España*. Revista de Derecho Privado. Madrid 1977.

celebración, admitiendo que la prueba se encontraba tan facilitada en aquel momento, que su exigencia no podía conducir a dilaciones, pues como consecuencia de la Resolución de 3 de agosto de 1970, la mera declaración de los interesados era ya prueba idónea, obligándose únicamente una diligencia especial para el caso de que los contrayentes hubieran abandonado la Iglesia católica, en cuyo caso, *Se exigirá, a la mayor brevedad, que se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado al Párroco del domicilio, pudiendo hacerse tal comunicación a través del Encargado del Registro Civil, por correo certificado con acuse de recibo, sin que la realización de esta diligencia pueda paralizar el curso de los demás trámites.*

A criterio de Díaz Moreno²⁵⁹, estas medidas corregían una literalidad rigorista del artículo 42 del Código Civil, logrando situar al matrimonio civil más cerca del sistema de libre acción facultativa del matrimonio civil subsidiario.

En este contexto y en paralelo, debe tenerse presente que el 20 de noviembre de 1975 fallecía el General Franco, quedando abierto el paso a un sistema político que si bien no dejaba claro qué contenido institucional concreto podría tener, sí advertía un período de cambios importantes a todos los niveles y, cómo no, a nivel jurídico. Así, a medio camino con la reforma política inminente, el Real Decreto de 1 de diciembre de 1977 se configuró una nueva redacción al Reglamento del Registro Civil, en sus artículos 244, 245, 246, 248, 249 y 250, una vez más. La diferencia esencial de esta reforma la brindaba el nuevo artículo 245 por el cual *La prueba de que no se profesa la Religión católica se efectuará mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado.* Al mismo tiempo, el nuevo artículo 249 establecía una presunción iuris tantum de acatolicidad, expresando que *a efectos de este expediente se presumirá la acatolicidad por el sólo hecho de la celebración del matrimonio civil*, cuestiones que se vieron reafirmadas por la Consulta de 7 de marzo de 1978, resuelta por la Dirección General de los Registros y del Notariado, advirtiéndose que

²⁵⁹ Díaz Moreno, José María. *Matrimonio canónico y matrimonio civil : previsible regulación matrimonial en ambos ordenamientos.* Miscelánea Comillas, 1977-IV. Madrid, 1977

el hecho de haber contraído matrimonio civil es también un elemento de prueba de la acatolicidad de los cónyuges en el momento de su enlace.

Esta reforma ha llevado a muchos a plantearse si realmente se estaba o no adoptando un sistema matrimonial facultativo, en lugar de subsidiario, ante la eliminación de la rigidez probatoria exigida hasta el momento, ya que ahora no se establecía la triple distinción matrimonial que sí se vio en 1969: 1) pertenecer a secta acatólica ; 2) no profesar la Religión católica, para los que bastaba la simple declaración ; y 3) en cuanto a los bautizados, justificar el abandono de la fe mediante comunicación al párroco. Ahora todo quedaba reducido a la mera declaración ante el Encargado del Registro Civil, retomándose con ello el criterio de la Orden de 28 de diciembre de 1900, incluso suavizando más aún sus aspectos legales y formales.

Esta situación nueva, mantenía por tanto desde 1977 el matrimonio civil subsidiario, al que ahora había liberado de juramentos, pruebas y los prejuicios evidentes que se derivaban de la apostasía o de la proclamación pública de la acatolicidad de los contrayentes. Así, las nuevas corrientes de opinión y la variación en el criterio de confesionalidad del Estado llevaron a que se clamase por la derogación del artículo 42 del Código Civil, sustituyendo su contenido por otro diferente que asegurase la libertad de opción para contraer matrimonio civil y el reconocimiento civil de los matrimonios religiosos. En tal sentido, algunos autores²⁶⁰ aconsejaban un sistema parejo al italiano: matrimonio facultativo con tres modalidades: el matrimonio canónico, el civil, y el matrimonio ante ministros de otras religiones, que debía ser matrimonio civil con forma religiosa. También podría tomarse en consideración contar con plena libertad para celebrar uno u otro matrimonio, sin exigencias de pruebas, declaraciones o notificaciones que afectasen a la intimidad de la persona.

²⁶⁰ Díaz Moreno y Carrión Olmos, op. Cit.

2.2.1.6. El sistema de matrimonio civil facultativo en el sistema constitucional de 1978.

El 29 de diciembre de 1978 entró en vigor la actual Constitución, que introducía en su articulado aspectos que afectaban directamente la cuestión matrimonial en España. Así, por ejemplo, cabe citar los artículos 32, que declara que *el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*; 14, que consagra el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado; y 16, que declara la aconfesionalidad del Estado y el principio de libertad religiosa, reservando igualmente al Estado la posibilidad de establecer, en uso de su soberanía y competencias, el sistema matrimonial que tuviera por conveniente, al apuntar el artículo 32.2 que *la Ley regulará las formas de matrimonio*.

En todo caso, también respecto del matrimonio la Constitución delegó a favor de la legalidad ordinaria la regulación final del matrimonio, pues en el fondo, el artículo 32 fue redactado con la habitual ambigüedad de que hace gala el texto constitucional en su conjunto, no estableciendo ningún tipo de sistema concreto para España y abriendo la puerta a que regulaciones como la vigente puedan tener encaje en nuestro sistema legal.

De esta forma, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó su Instrucción de 26 de diciembre de 1978, por la que por aplicación de los artículos 16 y 32, consideraba modificados los artículos 42 y concordantes del Código Civil, considerando que el matrimonio civil era ya facultativo, pues por la entrada en vigor de la Constitución, *todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección, y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el Juez o Cónsul no puede preguntar*.

A su vez, este sistema de libre opción se vio consolidado desde la firma el 3 de enero de 1979 del nuevo Acuerdo con la Santa Sede, que sustituía el anterior Concordato de 1953, en cuya virtud el Estado reconocía efecto civil al matrimonio celebrado según el Derecho canónico. Este nuevo Concordato de 1979 es, como tratado internacional, norma propia del Estado (artículo 96 de la Constitución), existiendo discrepancias en la doctrina

constitucionalista al respecto de si el Concordato cuenta con un rango normativo equivalente a la ley orgánica (al formar parte del llamado bloque de constitucionalidad), o bien tiene un rango superior a la ley ordinaria, si bien un tratado internacional es incorporado al ordenamiento nacional, a través de la aprobación de una ley ordinaria²⁶¹

Por ello y en opinión de Puig Ferriol²⁶² “se cierra la posibilidad de que en la futura reforma del Código Civil se pueda adoptar como sistema matrimonial en España el del matrimonio civil obligatorio ; cuando seguramente hubiese sido preferible que el legislador español hubiera tenido la oportunidad de escoger con entera libertad, y dentro de la amplia formulación que se contiene en el artículo 32.2 de la Constitución, el sistema matrimonial que mejor se ajuste a la sociedad española de nuestros días, y sin tener que contar con el pie forzado que supone la exclusión de un posible sistema matrimonial, en méritos de lo prevenido en el mentado artículo VI-1 del Acuerdo de 1979”.

Este conjunto de modificaciones legales y, sobre todo, la reforma del sistema político, plasmada en la Constitución de 1978, condujo finalmente a la aprobación de la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que modificó el Código civil en materia de matrimonio y, a través de sus disposiciones adicionales primera a décima establecían además los procedimientos oportunos para los casos de separación, nulidad y divorcio, así como los criterios de competencia judicial objetiva, funcional y territorial para estos procesos, siendo este último aspecto relativo a la disolución del matrimonio por causa de divorcio el más polémico de la reforma y que más contestación encontró.

El nuevo sistema resultante de la reforma del Código civil consagraba el sistema facultativo, en que los contrayentes pueden elegir entre la forma del matrimonio civil o bien

²⁶¹ Satorras Fioretti, Rosa María, *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado*. J.M. Bosch, Editor. Barcelona, 2004. Páginas. 53-54.

²⁶² Puig Ferriol, Luis. *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. Volumen I. Páginas. 193 y 194. Editorial Tecnos. Madrid, 1984.

religioso, tal como así se configuró en el nuevo artículo 49 del Código Civil: *cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1º. Ante el Juez o funcionario señalado por este Código. 2º. En la forma religiosa legalmente prevista.* Como a su vez indicaron Alberca de Castro, García-Pardo, Matz Quintano, Navas Renedo y Sánchez Patrón²⁶³, el nuevo sistema matrimonial es, al mismo tiempo que facultativo, plural, pues partirá de admitir tres modalidades: el matrimonio civil (ante Juez o funcionario), el religioso canónico y el religioso no católico (respecto del cual el sistema queda abierto y a merced de posteriores acuerdos o concesiones unilaterales del Estado).

No obstante, en el punto en que la doctrina ha tenido más discrepancias ha sido en determinar si nos encontramos ante un sistema facultativo latino, o bien anglosajón. Existen diferencias entre ambos sistemas, ya que como Puig Ferriol apunta²⁶⁴, *“el denominado sistema de matrimonio civil facultativo de tipo latino supone que los contrayentes pueden celebrar matrimonio en forma religiosa o en forma civil; si bien con la particularidad de que la forma elegida repercute también sobre la legislación de fondo -civil o canónica-aplicable al matrimonio, y a la jurisdicción que deba entender del mismo (Tribunales del Estado o de la Iglesia). Mientras que el denominado sistema de matrimonio facultativo de tipo anglosajón supone -en esencia- que se instaura un matrimonio civil obligatorio, por cuanto se regula, en cuanto al fondo, por las disposiciones del Estado y son los organismos jurisdiccionales civiles los que entienden de las contiendas matrimoniales ; pero ello no es obstáculo para que este matrimonio pueda celebrarse según las formalidades establecidas por el propio Estado o las que emanen de una determinada organización religiosa”*

Esta segunda posición, seguida por Puig Ferriol, Fernández Entralgo, Díez Picazo y Gullón, Jordano Barea, Vega Sala, hace que O’Callaghan²⁶⁵ manifieste que está claro que

²⁶³ Alberca de Castro, Juan Antonio, Begoña Navas Renedo, José Antonio Matz Quintano, José Manuel Sánchez Patrón, David García-Pardo Gómez, *El sistema matrimonial español en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista jurídica de Castilla - La Mancha, páginas. 281-310

²⁶⁴ Puig Ferriol, Luis. *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. Volumen I. Páginas. 193 y 194. Editorial Tecnos. Madrid, 1984, página 196.

²⁶⁵ O’Callaghan Muñoz, Xavier. *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2012, páginas 27 y 28.

“la Ley de 1981 reconoce como único el matrimonio civil, con su normativa y efectos, aunque admite las dos formas civil y religiosa de celebración. En consecuencia, a un matrimonio celebrado en forma religiosa no se le aplicarán las normas sustantivas (requisitos) de tal religión, sino las del Código Civil (por ejemplo: no se admite y no se inscribirá un matrimonio en forma canónica si no cumple el requisito de edad del Código Civil a pesar de que sí cumpla la que señala el Derecho canónico; ni se admite el segundo matrimonio celebrado en forma religiosa de una religión que acepte la poligamia)”

Para esta línea doctrinal, son argumentos básicos que sustentan su punto de vista hechos como por ejemplo, que por mandato constitucional, corresponde al Estado la regulación del matrimonio (artículos 32.2 y 149.1.8ª CE). En segundo lugar, el Estado sólo está vinculado a reconocer efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas canónicas. En tercer lugar, que las eventuales nulidades matrimoniales canónicas sólo serán reconocidas por el Estado, si éstas se entienden ajustadas al Derecho español, por parte de resolución de la Jurisdicción civil española. Y en cuarto lugar, que la inscripción del matrimonio en el Registro Civil no supone que la tramitación de un expediente matrimonial por parte del párroco correspondiente suponga más que la voluntad de no duplicar expedientes por parte del Encargado del Registro Civil.

Contrarios a este criterio y favorables a entender que el sistema matrimonial español es de carácter facultativo de tipo latino, por el que los contrayentes pueden contraer matrimonio religioso o civil, incidiendo esta elección tanto en la legislación de fondo que se aplicará al matrimonio, como en la jurisdicción que deba tratarlo, se sitúan Sancho Rebullida, Puig Brutau, Lalaguna Domínguez, López Alarcón, Santos Briz o incluso Albaladejo²⁶⁶, que entienden que el matrimonio canónico, pese a su reconocimiento por parte del Estado, se mantiene sometido en sus normas a la Iglesia católica y a los Tribunales eclesiásticos.

²⁶⁶ Yagüe Gil, Pedro José: *Constestaciones de Derecho Civil al Programa de Judicatura. Tomo II*, páginas. 48-9.

Existe asimismo una posición intermedia a la que se suman Alberca de Castro, García-Pardo, Matz Quintano, Navas Renedo y Sánchez Patrón, antes mencionados, para los que nuestro sistema cuenta con elementos propios de los modelos latino y anglosajón a la vez, pudiendo hacerse mención de un sistema facultativo mixto, ya que por un lado, se adopta el modelo anglosajón respecto de aquellas confesiones que no cuenten con un derecho sustantivo propio, aplicando un modelo latino a las confesiones, como la Iglesia Católica, que sí cuentan con regulación propia de fondo. La base de esta tesis, además, se ve sustentada en la propia Jurisprudencia constitucional, derivada de recursos de amparo concernientes a la eficacia civil de resoluciones emanadas de Tribunales eclesiásticos: las Sentencias 1/1981, de 26 de enero²⁶⁷, 66/1982, de 12 de noviembre²⁶⁸, 93/1983, de 8 de noviembre²⁶⁹, 65/1985, de 23 de mayo, 265/1988, de 22 de diciembre²⁷⁰, 209/1991, de 7 de noviembre²⁷¹, 6/1997, de 13 de enero²⁷² o 150/1999, de 14 de septiembre²⁷³.

En definitiva, el sistema matrimonial español surgido de la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, configura tres formas de matrimonio, que permiten la celebración del matrimonio en torno a las siguientes formalidades:

²⁶⁷ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO 47, de 24 de febrero de 1981.

²⁶⁸ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO 296, de 10 de diciembre de 1982.

²⁶⁹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO 288, de 2 de diciembre de 1983.

²⁷⁰ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO 19, de 23 de enero de 1989.

²⁷¹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO 284, de 27 de noviembre de 1991.

²⁷² BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO 39, de 14 de febrero de 1997.

²⁷³ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO 250, de 19 de octubre de 1999.

2.2.1.6.1. *El matrimonio civil:*

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, dio una nueva configuración al Título IV, del Matrimonio, del Libro I del Código Civil, de las Personas.

Por la reforma de 1981, se daba una nueva y distinta redacción al matrimonio, para el que ahora se establecían reglas relativas a la nulidad, separación y divorcio (artículos 73 a 89 –Capítulos VI a VIII, del Título IV-), los efectos de la separación, nulidad y divorcio (artículos 90 a 101 –Capítulo XI, del Título IV-) y también se establecían nuevas normas relativas a la promesa matrimonial y a los requisitos personales de los contrayentes (artículos 42 a 48 –Capítulos I y II del Título IV-) y respecto de la forma de celebración del matrimonio (artículos 49 a 60 –Capítulo III del Título IV-), diferenciando entre el matrimonio celebrado ante Juez o funcionario (artículos 51 a 58) y el celebrado en forma religiosa (artículos 59 y 60). En un primer momento, los artículos 51 a 58 del Código Civil previeron la celebración del matrimonio ante Juez o Funcionario encargado del Registro Civil correspondiente (Juez de Primera Instancia, de Paz, o Cónsul del Reino de España en el extranjero), Oficial o superior jerárquico para el caso de que uno de los contrayentes fuera militar, capitán de nave o aeronave.

Con posterioridad, la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los Alcaldes, incluyó además a los Alcaldes, en la lista de autoridades del Estado competentes para autorizar el matrimonio civil.

2.2.1.6.2. *El matrimonio canónico:*

Tal como apunta el artículo 60 del Código Civil, *el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico ... produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de*

los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente. Como consecuencia de esta mención legal, deberá tenerse en consideración lo que disponen los cánones 1.055 y siguientes, del Código de Derecho Canónico, de 25 de enero de 1983.

Según la regulación de 1981, los requisitos, contenido y efectos del matrimonio canónico en el ámbito civil han de ser los que regula el Código Civil, produciéndose desde el momento de su celebración, siendo en todo caso necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, por ministerio legal (*ex artículo 61 del Código Civil*), no siendo requisito de existencia esta inscripción, sino tan sólo a los efectos de *que El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas* (artículo 61.3 del Código Civil).

Para que el matrimonio canónico pueda ser inscrito, se establece una norma común para todos los matrimonios celebrados en forma religiosa, establece el artículo 63 del Código Civil que *la inscripción del matrimonio celebrado en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.* En todo caso, a efectos de poder llevar a cabo una inscripción de matrimonios celebrados en forma religiosa, debe tenerse en consideración que *se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título* (artículo 63.2), lo que hace prevalecer la visión civil sobre la canónica, a los efectos de inscripción del matrimonio.

Por ello, si bien es cierto que en la tramitación del expediente de matrimonio canónico no intervendrá ningún funcionario del Estado, sí es cierto que la inscripción dependerá de que el Juez encargado del correspondiente Registro Civil entienda que se cumplen las formalidades necesarias en la tramitación del expediente canónico, así como su encaje respecto de la legislación civil y, sobre todo, en los supuestos de impedimentos dispensables para la celebración del matrimonio (esto es, supuestos de menores no emancipados, o bien parentesco colateral hasta tercer grado), en que la dispensa correspondiente deberá concederse por el Juez encargado y no únicamente por parte de la

Iglesia, a fin de poder obtener la inscripción del matrimonio. Por lo tanto, el Juez encargado del Registro Civil tendrá una clara capacidad de calificación del título por el que se pretenda la inscripción del matrimonio, debiendo en consecuencia comprobar que se cumplen todos los requisitos que la legislación civil establece. Por ello, para el supuesto de que existiera alguno de los impedimentos correspondientes, deberá exigir la dispensa civil, no siendo suficiente la eventual dispensa canónica que se hubiera podido obtener previamente.

A su vez, según el artículo VI del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y España, de 3 enero de 1979, quedan reconocidos los efectos civiles al matrimonio celebrado *según las normas del derecho canónico*, o lo que es lo mismo, la celebración canónica, igual que la civil, otorga el status jurídico de cónyuge, sin requerirse por ello dos ceremonias paralelas. Así, los efectos civiles que se reconocen a la celebración canónica son los mismos que en el caso de la forma canónica, siempre que se haya procedido a la inscripción en el Registro Civil²⁷⁴, con la obligación tanto del sacerdote oficiante, como de ambos cónyuges, de remitir la solicitud de inscripción en un plazo de cinco días desde la celebración. No existe sanción civil para los cónyuges, en el supuesto de que no promuevan la inscripción del acta canónica, ni tampoco para el párroco oficiante. Cabe en todo caso la inscripción extemporánea, en cuyo caso, los efectos del matrimonio se retrotraen al momento de celebración, quedando a salvo los derechos que terceros pudieran haber adquirido, que se entenderán producidos desde el momento mismo de la inscripción. Es más: cualquier persona podría promover la inscripción, si mostrase interés en ello.

Por lo expuesto, los efectos civiles del matrimonio no inscrito pero sí inscribible se verán limitados únicamente a la posibilidad de su inscripción, de forma que sólo desde la inscripción producirá efectos el matrimonio. En el supuesto de que el matrimonio canónico no inscrito, sea al mismo tiempo no inscribible (caso de un matrimonio canónico entre

²⁷⁴ Díez-Picazo Ponce de León, Luis: *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990. Página. 345.

casados civilmente, por ejemplo), el matrimonio canónico carecería a todas luces de efectos civiles, salvo que desapareciese el impedimento civil que imposibilite la inscripción.

2.2.1.6.3. *Matrimonio religioso no canónico:*

Dentro del principio de libertad religiosa que recoge el artículo 16 de la Constitución, ya ha podido comprobarse como el artículo 59 advierte que el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste.

Partiendo tanto de esta base, como de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, el Estado español ha ido admitiendo la posibilidad de que diversas confesiones religiosas diferentes a la Iglesia Católica vean reconocidos los matrimonios celebrados según sus propias reglas y, por lo tanto, adquieran efectos civiles en España.

De esta forma, tres son las normas que hicieron inicialmente posible que los matrimonios celebrados según las normas de las Iglesias Evangélicas, así como las confesiones judías e islámicas tuvieran validez civil en España²⁷⁵: La Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España; y la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. Estas tres normas se han visto modificadas por la disposición transitoria quinta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, tal como seguidamente se indicará y, a la vez, a través del apartado cuarto de la -, se amplía la posibilidad de reconocer efectos civiles a un matrimonio religioso diferente al protestante evangélico, judío o islámico,

²⁷⁵ Satorras Fioretti, Rosa María, *Op. Cit.*, Páginas. 243-248.

siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1) Que se trate de confesiones religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia; 2) Que sea reconocida la notoriedad de la confesión religiosa en España, lo cual afecta directamente a las confesiones cristianas ortodoxa y anglicana, testigos de Jehová, mormones y budistas. 3) Que los contrayentes cuenten con la correspondiente resolución previa de capacidad matrimonial (desde la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 22 de julio, del Registro Civil) o bien el Auto que concluye el Expediente matrimonial declarando la inexistencia de impedimentos (mientras se mantenga la vigencia de la Ley de 1957); 4) Celebración del matrimonio ante el correspondiente ministro de culto, que necesariamente implicará la prestación de consentimiento ante el ministro de culto y dos testigos; y 5) Como requisito común a todo matrimonio religioso, una vez celebrado el matrimonio, el oficiante en que se hubiera contraído aquel extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de las circunstancias del expediente que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la capacidad del representante de la Comunidad Islámica para celebrar matrimonios, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 3, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo de la Comunidad.

El Ministro oficiante lo será, según los respectivos artículos 3.1. de cada acuerdo, los pastores (las personas físicas dedicadas establemente a las funciones de culto o de asistencia religiosa en las Iglesias evangélicas), los rabinos (personas físicas que posean la titulación de rabino y desempeñen sus funciones religiosas con carácter estable y permanente) o bien las personas físicas que, con carácter estable, se dediquen a la dirección de las Comunidades islámicas, a la dirección de la oración, y a la formación y asistencia religiosa islámica. Respecto del resto de confesiones religiosas, la disposición adicional

quinta de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece que *A estos efectos se consideran ministros de culto a las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y que acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España con la conformidad de la Federación que, en su caso, hubiera solicitado dicho reconocimiento.*

Tal como se ha expuesto, el consentimiento deberá ser prestado ante el Ministro oficiante y en presencia de dos testigos mayores de edad, independientemente de que se exija o no cada uno de estos requisitos por la tradición religiosa respectiva (artículos 7.4 de cada una de las leyes reguladoras) y D.T. Quinta, apartado 4, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

A diferencia de lo que sucede con el matrimonio canónico, el expediente matrimonial deberá ser tramitado ante el Juez encargado del Registro Civil competente (artículos 7.2), de forma que una vez concluido, se expedirá Certificación del Registro Civil, para su entrega al Ministro correspondiente, con una validez de seis meses, de forma que sin la correspondiente certificación de capacidad matrimonial, será imposible la inscripción posterior del matrimonio en el Registro Civil. A dicha Certificación se añadirá por el oficiante la oportuna diligencia (artículos 7.5) que dejará constancia de la fecha y lugar de celebración, identidad de los contrayentes, del oficiante y de los dos testigos asistentes.

En definitiva y tal como apunta la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de febrero de 1993, relativa a la inscripción de matrimonios celebrados en forma religiosa, *“estas leyes han supuesto una importante innovación en el sistema matrimonial español.*

Desde el punto de vista formal estas leyes han encontrado su desarrollo en la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de enero de 1993, que ha aprobado los modelos de certificado de capacidad matrimonial y de celebración del matrimonio a que hacen referencia los artículos séptimos de los tres Acuerdos citados. Se juzga, no obstante, imprescindible dictar unas normas orientativas sobre el alcance práctico de la nueva

regulación en cuanto al modo de inscribir en el Registro Civil los matrimonios celebrados en esas formas religiosas, ... que abarca los extremos que a continuación se detallan :

1ª. El régimen de inscripción en el Registro Civil de los matrimonios contemplados por las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre, sólo es de aplicación a los matrimonios que se celebren después de la entrada en vigor de estas leyes. Los matrimonios celebrados con anterioridad sólo serán inscribibles si surtían efectos civiles conforme a la legislación anterior.

2ª. El régimen indicado sólo alcanza a los matrimonios en las respectivas formas religiosas celebrados en España.

3ª. Habrán de ajustarse a la nueva regulación los matrimonios que se celebren en España si uno o ambos contrayentes son españoles, o, incluso, si ambos contrayentes son extranjeros, pero en este último caso, siempre que la forma religiosa esté admitida por la ley personal de uno de ellos, la inscripción podrá efectuarse al amparo de las normas anteriores, que siguen vigentes, contenidas en los artículos 50 y 65 del Código Civil y concordantes del Reglamento del Registro Civil.

4ª. Como regla general, la inscripción en el Registro competente de los matrimonios previstos en los Acuerdos requerirá, previa la instrucción del oportuno expediente, la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, para cuya expedición habrá de comprobarse por el encargado que los futuros contrayentes reúnen los requisitos exigidos por el Código Civil, entre los que están comprendidos, en su caso, los que deban ser apreciados por aplicación de las normas españolas del Derecho Internacional privado.

5ª. Una vez expedido el certificado de capacidad matrimonial, la inscripción del matrimonio celebrado antes de que transcurran seis meses desde la expedición de aquél sólo requerirá que el encargado califique los requisitos formales de celebración exigidos por los Acuerdos.

6ª. Tratándose de matrimonios celebrados en la forma religiosa islámica, si excepcionalmente los interesados prescinden bajo su responsabilidad del trámite previo de

expedición del certificado de capacidad matrimonial, la calificación, con vistas a su inscripción, de la certificación del matrimonio celebrado habrá de abarcar no sólo los requisitos formales de esta certificación sino también la concurrencia de todos los requisitos de fondo exigidos para la validez civil del matrimonio”

2.2.2. REGULACIÓN POSITIVA ESPAÑOLA.

Ciñendo la cuestión a la regulación positiva española vigente en la actualidad, es necesario reiterar que el sistema de matrimonio civil facultativo con que actualmente cuenta el ordenamiento español tiene su punto de partida general en la ya citada Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que grosso modo configuró el actual Título IV, del Matrimonio, del Libro I del Código Civil, de las Personas.

La reforma de 1981 daba una nueva y distinta redacción a la regulación jurídica del matrimonio, para el que ahora se establecían reglas relativas a la nulidad, separación y divorcio (artículos 73 a 89 –Capítulos VI a VIII, del Título IV-), los efectos de la separación, nulidad y divorcio (artículos 90 a 101 –Capítulo XI, del Título IV-) y también se establecían nuevas normas relativas a la promesa matrimonial y a los requisitos personales de los contrayentes (artículos 42 a 48 –Capítulos I y II del Título IV-) y respecto de la forma de celebración del matrimonio (artículos 49 a 60 –Capítulo III del Título IV-), diferenciando entre el matrimonio celebrado ante Juez o funcionario (artículos 51 a 58) y el celebrado en forma religiosa (artículos 59 y 60). En un primer momento, los artículos 51 a 58 del Código Civil previeron la celebración del matrimonio ante Juez o Funcionario encargado del Registro Civil correspondiente (Juez de Primera Instancia, de Paz, o Cónsul del Reino de España en el extranjero), Oficial o superior jerárquico para el caso de que uno de los contrayentes fuera militar, capitán de nave o aeronave. Con posterioridad, la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización

del matrimonio civil por los Alcaldes, incluyó además a los Alcaldes, en la lista de autoridades del Estado competentes para autorizar el matrimonio civil.

No puede perderse de vista una reforma anterior a la de julio de 1981, llevada a cabo a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que a los efectos de este apartado fue esencial respecto de la nueva regulación que se brindaba al Título III, del Libro IV del Código Civil, en sus artículos 1.315 a 1.444, reguladores del régimen económico matrimonial. Junto con las anteriores, debe también advertirse la importancia de la Ley y el Reglamento del Registro Civil, viéndose modificado éste por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, como consecuencia de la aplicación del Convenio de Múnich, de 5 de septiembre de 1980, que regula la expedición del certificado de capacidad matrimonial para los Estados firmantes, ratificado por España por Instrumento de 10 de febrero de 1988.

Deben mencionarse en último lugar las dos normas que cierran el sistema matrimonial español hasta la fecha: la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La primera de ellas, la Ley 13/2005, de 1 de julio, se limitó a introducir unas modificaciones mínimas en los artículos 66 y 67, 1.323, 1.344, 1.348, 1.351, 1.361, 1.404 y 1.458 del Código Civil y 46, 48 y 53 de la Ley del Registro Civil. Se trataba de una norma que con una brevedad evidente acometía una reforma del Código Civil español tan importante o más que la de 1981, pues con los matices (que no cambios profundos en la redacción) que introducía en el Código, España se situaba a la cabeza de los Estados que habían convertido el matrimonio en igualitario, haciendo posible que dos personas de un mismo sexo pudieran contraer matrimonio. La segunda de las disposiciones, la Ley 15/2005, de 8 de julio, ponía orden y actualizaba las condiciones y el ejercicio de las acciones de separación y divorcio, eliminando un sistema causal que, si bien era el vigente hasta aquel entonces, lo cierto es que en la mayoría de casos se obviaban

plazos y causas en la inmensa mayoría de supuestos, habiéndose incluso llegado a una situación en que ni los propios tribunales seguían las condiciones establecidas en 1981.

A la vez y consecuencia tanto de la reforma de 1981, como de la más reciente de 2005, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha ido emitiendo también diversas resoluciones que merece la pena citar: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de julio de 1982, sobre inscripción de matrimonio celebrado por español en el extranjero ante autoridad consular distinta de la española; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de marzo de 1983 sobre intervención de los Secretarios en la celebración e inscripción de matrimonios civiles ; Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1984 sobre medidas para evitar la duplicidad de matrimonios e inscripciones; Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 1985 sobre el lugar de celebración del matrimonio civil; el Convenio sobre reconocimiento y actualización de los libros de estado civil, hecho en Madrid el 5 de septiembre de 1990; Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995 sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero; Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de enero de 1995 sobre autorización del matrimonio civil por los Alcaldes; y la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

2.2.2.1. Naturaleza legal del matrimonio. El derecho a contraer matrimonio

La naturaleza del matrimonio civil en España parte de un acuerdo de voluntades entre sus miembros, contando así con una evidente importancia su naturaleza contractual²⁷⁶,

²⁷⁶ Albaladejo García, Manuel: *Curso de Derecho Civil-IV, Derecho de Familia*, Edisofer, S.L., Madrid, 2013. Página. 32.

si bien contando con una clara indisponibilidad de sus efectos, que tal como señala el Tribunal Supremo²⁷⁷, es la consecuencia de la especialidad de su objeto.

El derecho a contraer matrimonio civil en España viene ordenado, como anteriormente se comentó, por la propia Constitución, en su artículo 32, cuando establece que *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*, la cual toma su base de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 16.1) y la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (artículo 12). Sin perjuicio de la polémica que supuso entre 2005 y 2012, cuando se zanjó por el momento la cuestión por medio de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 198/2012, de 6 de noviembre²⁷⁸, que será objeto de comentario en el próximo apartado, está claro que el artículo 32 de la Constitución no exige en modo alguno como requisito para contraer matrimonio que nos encontremos ante hombre y mujer, sino que a través del precepto constitucional, el matrimonio será plenamente válido conjuntamente también para dos personas de un mismo sexo, con plena igualdad jurídica entre ambos²⁷⁹.

Esta formulación es la que a renglón seguido mantiene el artículo 44 del Código Civil, que concreta la cuestión afirmando que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código, de manera que El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo²⁸⁰. El matrimonio civil español actual difiere en gran medida del inicialmente previsto en la visión original del Código civil, que conducía a un matrimonio regido por dos caracteres básicos: la unidad (monogamia) y la indisolubilidad (a imagen y

²⁷⁷ Sentencias de 26 de noviembre de 1985 (Id Cendoj: 28079110011985100644)

²⁷⁸ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 286 Miércoles 28 de noviembre de 2012 Sec. TC.

²⁷⁹ Souto Paz, José-Antonio: *Derecho matrimonial*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 2002. Página. 123.

²⁸⁰ Este segundo párrafo fue introducido por la Ley 13/2005, de 1 de julio.

semejanza del matrimonio canónico)²⁸¹. Esta concepción del matrimonio se vio alterada en 1981, al permitirse que el matrimonio quedase disuelto por divorcio.

2.2.2.2. Los requisitos para contraer matrimonio

Los requisitos exigidos para contraer matrimonio vienen recogidos en dos capítulos del Título IV del Libro I del Código Civil: el Capítulo II, que pese a denominarse como *los requisitos del matrimonio*, en realidad fija los requisitos de fondo, y el Capítulo III, que regula la forma del matrimonio y establece los requisitos formales del mismo y referidos al expediente matrimonial previo.

Los requisitos de fondo afectan a toda forma de matrimonio (civil, canónico o religioso)²⁸², mientras que los requisitos de forma, referidos al expediente matrimonial afectarán únicamente al matrimonio civil y no al religioso, en sus formas autorizadas, pero no al matrimonio canónico, dado que el expediente matrimonial del matrimonio canónico conlleva una tramitación propia del Derecho canónico, pero todo ello sin perjuicio de la facultad del encargado del Registro civil de examinar y, en su caso, calificar la certificación eclesiástica acreditativa del acta canónica de matrimonio.

Por lo tanto, los requisitos de fondo sí afectarán plenamente al matrimonio civil, que es el que fundamenta el presente estudio. Dichos requisitos son los siguientes:

- Edad: El artículo 46.1 del Código Civil establece que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados. Por ello, ya de entrada se exige la mayoría de edad, de 18 años. No obstante, tal como apunta Lacruz Berdejo²⁸³, esto puede

²⁸¹ Albaladejo García, Manuel: *Curso de Derecho Civil-IV, Derecho de Familia*, Edisofer, S.L., Madrid, 2013. Página. 32.

²⁸² Souto Paz, José-Antonio: Op.Cit., Página. 127.

²⁸³ Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 46.

suponer que se considere producida una tautología, a tenor de lo dispuesto por el artículo 14.2 del Código civil, pues *la emancipación tiene lugar por el matrimonio del menor*. Puede parecer que este precepto se deba referir al matrimonio válido, por lo que el problema surge al plantearse la posibilidad de que el menor actuase de buena fe, por lo que por ministerio del artículo 79 del Código Civil, se produciría la emancipación y, por tanto, el matrimonio debería mantenerse válido. Así, *el aparente círculo vicioso se rompe al discernir los momentos lógicos de la causa y del efecto: éste, la emancipación, no puede proceder de una causa inválida, el matrimonio de un menor no emancipado. En cambio, sí que será matrimonio válido, que produce la emancipación, el contraído por menores no emancipados mayores de catorce años con dispensa (artículo 48,2)*.

La falta de mayoría de edad del contrayente puede ser dispensada judicialmente, a partir de los catorce años, con audiencia del menor y de sus padres, tal como dispone el artículo 48.2 del Código Civil²⁸⁴.

Por justa causa deberá entenderse, tal como apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 28 de marzo de 1985, respecto de si basta o no la edad púber de los contrayentes y la cohabitación de los mismos, que *a pesar del embarazo de la promotora de quince años de edad, y del propósito firme de ésta y del pretendido contrayente de casarse entre sí, hay que concluir que no concurre justa causa, a la vista de la oposición frontal de los padres de la menor y, sobre todo, de los antecedentes y de la falta de medios económicos del varón que no constituyen una garantía sólida para la vida familiar, ni para la crianza y educación del hijo esperado*. Esta misma doctrina se ha visto mantenida en Resoluciones posteriores, de 25 de abril de 1996 y 29 de abril de 2000.

La dispensa requiere una edad mínima del contrayente, esto es, la edad de catorce años, no siendo posible la autorización de un matrimonio civil, si el contrayente no tiene la edad mínima de catorce años, pese a que el Juez pudiera haber dispensado la edad para

²⁸⁴ Souto Paz, José-Antonio: Op.Cit., Página. 143.

contraerla (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de septiembre de 1985). En tal sentido y en opinión acertada de Lacruz, “las actuaciones judiciales en materia de dispensa de edad pecan de un exceso de paternalismo, por cierto muy común en los jueces de familia, que está fuera de lugar en ésta y en otras cuestiones de Derecho de familia”²⁸⁵.

- Libertad de los contrayentes: El artículo 46.2 del Código Civil cierra la posibilidad de contraer matrimonio *a los que estén ligados con vínculo matrimonial*. Nuestro sistema matrimonial parte, pues, de un punto de vista unitario, basado en la monogamia²⁸⁶ y monandria, constituyendo la existencia de un vínculo matrimonial previo, válido y subsistente un impedimento para contraer matrimonio e incluso recibiendo una sanción por el artículo 217 del Código penal estas posibles situaciones.

Tal como se advierte, el matrimonio previo debe ser válido. Pero en el supuesto de nulidad del mismo, sólo la existencia de una sentencia firme que así la declare y que por ello comporte la disolución del matrimonio anterior, supondrá la desaparición del impedimento. Asimismo, el fallecimiento, declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, o bien la disolución del vínculo previo por medio del ejercicio de la acción de divorcio y la obtención de sentencia firme que declare la disolución del vínculo previo. Para el supuesto de declaración de ausencia, el cónyuge no ausente no habrá eliminado el impedimento, si bien sí podrá solicitar el divorcio, cumpliendo los requisitos al efecto, fijados por el artículo 81.2 del Código Civil: el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio y el ejercicio de la acción de divorcio.

- Exogamia: el artículo 47 del Código Civil establece que tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1º Los parientes en línea recta por consanguinidad o

²⁸⁵ Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 47.

²⁸⁶ Albaladejo García, Manuel: *Op. Cit.*, Página. 48.

adopción. 2º Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. El origen de este impedimento para contraer matrimonio fue preconizado por la Iglesia y seguido por los ordenamientos civiles que han venido prohibiendo los matrimonios entre parientes consanguíneos, extendiéndose este impedimento incluso a los lazos de parentesco por afinidad o adopción. En el matrimonio civil español, las líneas y grados de parentesco vienen establecidos por los artículos 915 a 920 del Código Civil, según las reglas de la sucesión intestada²⁸⁷.

En los supuestos de adopción, el impedimento establecido por el artículo 47.1 del Código se mantendrá también, extendiéndose no solamente a los adoptantes, sino que también se verá extendido a los progenitores biológicos de la persona adoptada, como a posibles adoptantes sucesivos que hubiera habido²⁸⁸.

En opinión de Lacruz²⁸⁹, esta prohibición de endogamia no encuentra su raíz en razones genéticas, sino que se fundamenta en la concepción del matrimonio como vínculo de paz entre próximos y vecinos, por lo que la genética probablemente sí genere un planteamiento entre la compatibilidad o no respecto de la generación, entendiendo que la exogamia se ha convertido en bien moral y la endogamia en un tabú, que alcanza al matrimonio entre hombre y mujer, como también al matrimonio entre personas de un mismo sexo.

El impedimento de consanguinidad colateral tiene como límite el tercer grado, entre hermanos y sobrinos carnales, debiendo tenerse en cuenta que el mismo es dispensable, a tenor de lo dispuesto por el artículo 48.2 del Código Civil, careciendo de sentido alguno este impedimento entre colaterales de tercer grado, en el supuesto de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

²⁸⁷ Souto Paz, José-Antonio: Op.Cit., Página. 151-155

²⁸⁸ Albaladejo García, Manuel: *Op. Cit*: Página. 51.

²⁸⁹ Lacruz Berdejo, José Luis, Op. Cit, página 48.

- Conyugicidio: el artículo 47.3 contempla el impedimento destinado a Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos, que evidentemente exigirá la concurrencia de una sentencia condenatoria firme en tal sentido. Asimismo, el impedimento es relativo y dispensable, en los términos del artículo 48.1 del Código Civil²⁹⁰.

- Sanidad de juicio: El artículo 45 del Código Civil advierte de que No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. Según Albaladejo²⁹¹, el legislador comprende que quien no se halla en el ejercicio de su razón, es decir, padece la denominada incapacidad natural de falta de sano juicio, carece del entendimiento y voluntad necesarios para prestar consentimiento, no podrá contraer matrimonio, por falta de prestación de consentimiento válido. Esta falta de aptitud para consentir podrá proceder de cualquier causa que impida la capacidad natural en el momento de contraer matrimonio y al mismo tiempo, será indiferente que la persona esté incapacitada judicialmente o no. De ahí que una persona que cuente con intervalos lúcidos, dentro de una incapacidad persistente, podrá contraer matrimonio válido si presta su consentimiento en dichos intervalos. Por este motivo, el artículo 56.2 del Código Civil ya presupone que si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Por lo tanto, la necesidad de dictamen pericial afectará tanto a capaces, como a incapacitados judicialmente, en los casos de dudas de capacidad.

Estos antecitados impedimentos matrimoniales deberán ser comprobados a través de la tramitación del oportuno expediente matrimonial que, en definitiva, tendrá entre otras, la finalidad de acreditar la inexistencia de aquéllos. Asimismo, tal como se ha venido avanzando, el artículo 48 del Código Civil establece al respecto de los impedimentos para la celebración del matrimonio, que el Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de

²⁹⁰ Souto Paz, José-Antonio: Op.Cit., Página. 158-159

²⁹¹ Albaladejo García, Manuel. *Op. Cit.*, Páginas. 49 y 50.

parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior. Por su parte, El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores. Estos expedientes de dispensa se regulan por el Reglamento del Registro Civil, en sus artículos 260 a 262, que regulan la posible solicitud de dispensa ante una justa causa suficientemente comprobada, tramitándose el expediente de forma reservada, debiendo aportarse el correspondiente árbol genealógico, en los supuestos de impedimentos entre parientes colaterales.

2.2.2.3. El expediente matrimonial

Tras la reforma de 1981, el artículo 56 del Código Civil establece que quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código, añadiendo que si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. En este caso, el término “capacidad” se refiere a la aptitud para contraer matrimonio, por lo que como se indica, el fin del expediente matrimonial se refiere a la constatación de los requisitos establecidos por los artículos 46 y 47 del Código, o bien se requiera la dispensa de los mismos, en los términos del artículo 48²⁹².

El artículo 56 del Código Civil debe conjugarse a su vez con lo que disponen los artículos 238 a 254 del Reglamento del Registro Civil, en su redacción da por Real Decreto de 29 de agosto de 1986²⁹³. De ahí que la competencia para tramitar el expediente corresponderá al Juez encargado o de Paz, o el Encargado del Registro Civil consular, del

²⁹² Albaladejo García, Manuel: *Op. Cit.* Página. 42.

²⁹³ Lacruz Berdejo, José Luis, *Op. Cit.*, Página. 49

domicilio de cualquiera de los contrayentes. Es necesario advertir que en virtud de la futura vigencia de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la competencia para tramitar un expediente matrimonial quedará en manos del Secretario del Ayuntamiento de residencia de uno de los contrayentes, o bien del Notario competente, por razón de la residencia de, al menos, uno de los contrayentes (artículo 58, en vigor desde el 30 de junio de 2017).

El expediente se verá iniciado²⁹⁴, según establece el artículo 240 del Reglamento, con la presentación de un escrito firmado por los interesados, que contendrá la identificación, incluyendo profesión de los contrayentes, la identificación de posibles cónyuges anteriores de los contrayentes, la declaración de no existir impedimentos para contraer matrimonio, el Juez o funcionario ante el que se desea celebrar el matrimonio y la identificación de los lugares en que se hubiera residido en los dos últimos años. Se deberá asimismo aportar con la solicitud inicial la correspondiente Certificación Literal de Nacimiento y, en su caso, la prueba de la disolución de los anteriores vínculos y la emancipación o la dispensa de impedimentos, conforme al artículo 48 del Código Civil. En la práctica habitual, los Registros Civiles exigirán igualmente la comparecencia de uno o dos testigos, que conozcan las circunstancias personales de los contrayentes y la inexistencia aparente de impedimentos para contraer matrimonio.

Seguidamente, Se publicarán edictos o proclamas por espacio de quince días exclusivamente en las poblaciones en cuya demarcación hubiesen residido o estado domiciliados los interesados en los dos últimos años y que tengan menos de 25.000 habitantes de derecho, según el último censo oficial, o bien que correspondan a la circunscripción de un Consulado español con menos de 25.000 personas en el Registro de Matrícula. Estos edictos anunciarán el casamiento con todas las indicaciones contenidas en la petición inicial y con el requerimiento a los que tuviesen noticia de algún impedimento

²⁹⁴ Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos; *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*. Edisofer Libros Jurídicos, S.L., Madrid, 2016, páginas. 93-98.

para que lo denuncien. Los Encargados que reciban la comunicación del instructor devolverán a éste los edictos, una vez fijados en el tablón de anuncios durante el plazo expresado, con certificación de haberse cumplido dicho requisito y de haberse o no denunciado algún impedimento. Entre tanto, se podrán ir practicando aquellas pruebas específicas que interese el instructor del expediente²⁹⁵ y, como ya se avanzó en párrafos anteriores, si el instructor estima que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, recabará del Médico del Registro Civil o de su sustituto el dictamen facultativo oportuno. También en algunos casos, el instructor, asistido del Secretario, oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración, o bien posibles condiciones que los contrayentes estén aplicando a su matrimonio, aun sin hacerlo público²⁹⁶. La audiencia del contrayente no domiciliado en la demarcación del instructor podrá practicarse ante el Registro Civil del domicilio de aquél.

El Ministerio Fiscal y los particulares a cuyo conocimiento llegue la pretensión del matrimonio están obligados a denunciar cualquier impedimento u obstáculo que les conste. Si el instructor conociese la existencia de obstáculo legal, denegará la celebración y en caso contrario, aprobará la celebración matrimonial, en ambos casos mediante Auto contra el que cabrá recurso gubernativo, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Una vez devenido firme el Auto en cuestión, si el mismo hubiera aprobado la celebración matrimonial, se podrá celebrar la correspondiente boda, por un período de un año, dado que si este plazo se viera superado, se debería iniciar de nuevo el expediente matrimonial.

Este expediente matrimonial se verá tramitado en los casos ordinarios, pero no se requerirá su tramitación, por aplicación del artículo 52 del Código Civil, en los casos en que se deba celebrar un matrimonio en peligro de muerte de alguno de sus contrayentes, no

²⁹⁵ Lacruz Berdejo, José Luis, Op. Cit, página. 50.

²⁹⁶ En la práctica, esta posible audiencia reservada se ha venido aplicando a los casos de matrimonios mixtos de personas españolas y extranjeras, ante las posibles sospechas de matrimonios de conveniencia o complacencia entre los contrayentes.

se requerirá para su autorización la previa formación de expediente, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada. En todo caso, el artículo 65 del Código Civil advierte que en los casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, el Juez o funcionario encargado del Registro, antes de practicar la inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración e incluso en el caso del matrimonio secreto, que se basará en la concurrencia de causa grave suficientemente probada y previa autorización del Ministro de Justicia, el expediente se tramitará reservadamente, sin la publicación de edictos o proclamas.

A pesar de lo expuesto y como consecuencia de la aprobación tanto de la Ley 20/2011, del Registro Civil, así como la disposición adicional 11ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, que modificó la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, el sistema establecido por la Ley del Registro Civil, de 1957, se verá sensiblemente modificado a partir del día 30 de junio de 2017, en que entrarán en vigor a la vez la nueva Ley del Registro Civil, como también la reforma de la Ley del Notariado²⁹⁷.

A tal efecto, tras la entrada en vigor de los nuevos sistemas registral y notarial, tal como dispone el nuevo artículo 51 de la Ley del Notariado, 1. Los que vayan a contraer matrimonio para el que se precise acta en la que se constate el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes, la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio, deberán instar previamente su tramitación ante el Notario que tenga su residencia en el lugar del domicilio de cualquiera de ellos. 2. La solicitud, tramitación y autorización del acta se ajustarán a lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y, en lo no previsto, en esta Ley. A su vez, la nueva Ley del Registro Civil advierte en su artículo 58.2 que La celebración del matrimonio requerirá la tramitación de un expediente en el que los

²⁹⁷ Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos; *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*. Edisofer Libros Jurídicos, S.L., Madrid, 2016, páginas. 96-98.

contrayentes acrediten el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil. La tramitación del expediente corresponde al Secretario del Ayuntamiento, el cual podrá solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes para apreciar la legalidad y veracidad del matrimonio. Este expediente tendrá carácter de acto administrativo, por lo que le resultará aplicable en tal sentido lo que le resultará aplicable lo que al respecto dispone la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de forma que El expediente finalizará con una resolución del Secretario del Ayuntamiento en la que se autorice o deniegue la celebración del matrimonio. La denegación deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento en el que funda la denegación, que será recurrible ante el Encargado del Registro Civil y la de éste, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Para el caso de que el expediente resultase resuelto favorablemente, el Alcalde o Concejál celebrará el matrimonio en la forma prevista en el Código Civil y, a continuación, extenderá el acta con su firma, la de los contrayentes y testigos y la remitirá, preferentemente por vía telemática, al Registro Civil. En el caso de matrimonios celebrados fuera de España, la instrucción del expediente y la celebración del matrimonio, de conformidad con las reglas establecidas en los apartados anteriores, corresponde al Cónsul encargado de la oficina consular del Registro Civil. En los casos de celebración del matrimonio secreto a que se refiere el artículo 54 del Código Civil, su tramitación se realizará de manera reservada y su inscripción se someterá al régimen de publicidad restringida. Por último, es necesario advertir que Si los contrayentes hubieran manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero, con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración o en forma religiosa y se exigiera la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, lo expedirá el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario consular o diplomático del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes, previo expediente instruido o acta que contenga el juicio del autorizante acreditativo de la capacidad matrimonial de los contrayentes(artículo 58.12 de la Ley 20/2011, del Registro Civil).

2.2.2.4. Celebración del matrimonio. El consentimiento matrimonial

Una vez acreditada la inexistencia de impedimentos para contraer matrimonio, los contrayentes podrán proceder a la celebración de su matrimonio. A tal fin, deberán tenerse en consideración los requisitos materiales y los requisitos formales del matrimonio.

El requisito material es el consentimiento que deberán prestar los contrayentes, que deberá prestarse con una serie de formalidades, que para Lacruz Berdejo son la exteriorización concomitante, inequívoca y personal del consentimiento que prestan los contrayentes²⁹⁸ El matrimonio civil adopta el planteamiento canónico de que para que exista el matrimonio, debe existir consentimiento de los contrayentes. Así, ya en la Constitución francesa de 1791 se catalogó el matrimonio como contrato y posteriormente el Código Civil Napoleónico determinó en su artículo 146 que “no hay matrimonio cuando no hay consentimiento”. Esta línea es la que la Declaración Universal de Derechos continúa en su artículo 16.1, al afirmar que el matrimonio no puede ser concluido sino mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros cónyuges. En el caso español, el primitivo artículo 100 del Código Civil entendió esencial el consentimiento, al indicarse que Se celebrará el casamiento, compareciendo ante el Juez municipal los contrayentes, o uno de ellos y la persona a quien el ausente hubiese otorgado poder especial par representarle, acompañados de dos testigos mayores de edad y sin tacha legal. Acto seguido, el Juez municipal, después de leídos los artículo 56 y 57 de este Código, preguntará a cada uno de los contrayentes si persiste en la resolución de celebrar el matrimonio, y si efectivamente lo celebra; y, respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento con todas las circunstancias necesarias para hacer constar que se han cumplido las diligencias prevenidas en esta sección. El acta será firmada por el Juez, los contrayentes, los testigos y

²⁹⁸ Lacruz Berdejo, José Luis, Op. Cit, página. 53

el Secretario del Juzgado. Los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero.

Con la reforma de 1981, el nuevo artículo 45 dispuso que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, siguiendo así el planteamiento francés. El consentimiento matrimonial debe ser puro, dado que como añade el segundo párrafo del artículo 45, la condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.

Teniendo en cuenta lo anterior, el consentimiento matrimonial también contará los habituales límites en su validez que obligarán a examinar las situaciones de matrimonio simulado, el error y las situaciones de coacción o de miedo grave.

En los casos de matrimonio simulado, se está haciendo referencia al consentimiento que se emite en legal forma, pero mediando simulación que hace que el consentimiento prestado no se corresponda con el consentimiento interior, de forma que no existe una voluntad efectiva de contraer matrimonio por quien o quienes lo prestan. El consentimiento simulado convierte en inválido el matrimonio celebrado, si se tiene en cuenta lo que establece el artículo 45.1 del Código Civil, así como el artículo 73.1, por el cual *es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial*, respecto del consentimiento interno en relación a los elementos y propiedades esenciales del matrimonio. Como se ha apuntado, la simulación nos muestra un matrimonio que se celebra externamente en legal forma, pero que en el fuero interno de los contrayentes no traduce la verdadera intención de éstos. Ésta sería la situación de los matrimonios de conveniencia o de complacencia, en que los contrayentes celebran su matrimonio, pero no con la intención de formar una unión familiar, sino para que uno de los mismos obtenga, por ejemplo, un permiso de residencia o bien la nacionalidad española, o bien obtener algún otro tipo de beneficio (hereditario o arrendaticio, por ejemplo). Por ello y tal como se ha dicho, en la práctica los encargados de Registros Civiles practican prueba para la comprobación de si existe simulación o no en el posible consentimiento que sea prestado por los contrayentes, viéndose todo ello marcado

por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de septiembre de 1999, 25 de abril y 22 de mayo de 2000.

El segundo de los límites que encuentra la prestación del consentimiento matrimonial se descubre en el error y las situaciones de coacción o de miedo grave, que son los mismos vicios del consentimiento que aparecen respecto del negocio jurídico, pero tal como indica Lacruz²⁹⁹, en una forma propia muy particular. El tratamiento jurídico de las consecuencias de la existencia de coacción o miedo grave en la prestación del consentimiento matrimonial se encuentra en los artículos 73.4 y 73.5 del Código Civil, por el que es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: **4.º** El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento. **5.º** El contraído por coacción o miedo grave.

El error no parte de la mera ignorancia, sino de un conocimiento inexacto o defectuoso. Si el error se refiere a uno de los elementos esenciales del matrimonio, teniendo cierta entidad y determinante en la declaración de voluntad, puede verse invalidado el matrimonio. De ahí la literalidad del precepto, dado que el matrimonio celebrado por error en la identidad personal de un contrayente o en las cualidades personales que por su entidad determinasen la prestación del consentimiento. En cualquier caso, la acción de nulidad que se pudiera ejercitar por error del consentimiento caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo (artículo 76 del Código Civil).

En los casos de coacción y miedo deberá diferenciarse la posible coacción física (*vis compulsiva*) que se manifiesta en el ejercicio de violencia o fuerza material sobre expresiones externas para obtener una afirmación del querer; también podrán encontrarse casos de coacción moral (*vis impulsiva*), basada en presiones psicológicas mediante

²⁹⁹ Lacruz Berdejo, José Luis, op. Cit., página 52.

amenazas ejercidas sobre la voluntad, causando el miedo. De esta forma, la violencia provoca la ausencia del consentimiento (pues no permite la opción de aceptar o no el matrimonio) y el miedo supone un consentimiento viciado. En este sentido, el artículo 73.5 del Código Civil es terminante, al considerar nulo el matrimonio contraído por coacción o miedo grave. La causa del miedo tiene que ser externa al sujeto y no basada en su imaginación o la propia sugestión, no pudiendo ser imputable a la naturaleza y deberá determinar con claridad la prestación del consentimiento; por su parte, el miedo deberá ser en la víctima del mismo el nexo de causalidad necesario entre miedo padecido y matrimonio celebrado. La gravedad del miedo se basará no sólo en la gravedad del mal que constituya la amenaza, pudiendo así provenir del temor reverencial grave (no un simple desagrado) hacia padres o superiores, en relación al disgusto que a éstos les pudiera causar la no celebración del matrimonio. El miedo ha de ser racional y fundado, ya que de lo contrario, sería prácticamente imposible probarlo.

La legitimación para ejercitar la acción de nulidad por vicios del consentimiento sólo puede ejercitarla quien haya sufrido el error, la coacción o el miedo (artículo 76.1 del Código Civil) e igualmente la acción de nulidad basada en coacción o miedo es de carácter relativo, por lo que el matrimonio es convalidable por medio de la convivencia continuada de los cónyuges durante un año después de prestado el consentimiento por coacción o miedo.

Una vez concluido el expediente matrimonial, podrá procederse a la celebración del matrimonio. En palabras de Lacruz³⁰⁰, “la forma de celebración del matrimonio puede describirse como la exteriorización concomitante, inequívoca y –salvo el matrimonio por poder- personal del consentimiento matrimonial (voluntad de contraer matrimonio con el otro contrayente), mediante la respuesta afirmativa –de palabra si pueden hablar- a la pregunta formulada al respecto por el legítimo autorizante”.

³⁰⁰ Lacruz Berdejo, op.cit., página. 53.

Dispone el artículo 49 de Código Civil que Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1. ° Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código. 2. ° En la forma religiosa legalmente prevista. Y también podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración. Por consiguiente, cualquier matrimonio que no se ajuste a una prestación del consentimiento en la forma expuesta, el matrimonio no será válido en España. Por su parte, el artículo 57 del Código Civil establece que, en circunstancias normales, el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad, si bien La prestación del consentimiento podrá también realizarse, por delegación del instructor del expediente, bien a petición de los contrayentes o bien de oficio, ante Juez, Alcalde o funcionario de otra población distinta.

El funcionario competente para autorizar el matrimonio será el determinado por el artículo 51 del Código Civil: 1. ° El Juez encargado del Registro Civil y el Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue. 2. ° En los municipios en que no resida dicho Juez, el delegado designado reglamentariamente. 3. ° El funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero.

Los Jueces encargados del Registro Civil lo serán los de Primera Instancia (artículo 44 del Reglamento del Registro Civil), que podrán delegar en los Jueces de Paz (artículo 46 del Reglamento) para los Municipios que no sean capital de Partido judicial. Los encargados en el extranjero serán los Cónsules españoles, los Secretarios de Embajada adscritos a las secciones consulares de la Misión Diplomática (artículos 10. 2 de la Ley del Registro Civil y 51 del Reglamento). Desde el punto de vista territorial, el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad. No obstante, la prestación del consentimiento podrá también realizarse, por delegación del instructor del expediente, bien a petición de los contrayentes o bien de oficio, ante Juez, Alcalde o funcionario de otra población distinta, de forma que si bien existe una clara rigidez en cuanto a la competencia

territorial para la tramitación del expediente matrimonial, sí existirá una absoluta flexibilidad para que los contrayentes puedan decidir dónde contraer matrimonio.

Como ya pone de manifiesto el artículo 57 del Código Civil, deberán asistir dos testigos a la celebración, que por imperativo legal, deberán ser mayores de edad y contar con capacidad natural de comprender el acto al que asiste.

La celebración en sí misma viene prevista por el artículo 58 del Código Civil y lo único que legalmente se exige consiste en que el Juez, Alcalde o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio, sin perjuicio de la mayor o menor extensión que en cada caso se dé en la práctica a la ceremonia en sí. Se impone la lectura de los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil, con el tenor literal siguiente: Los cónyuges son iguales en derechos y deberes; Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia; y Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo. En definitiva, los artículos a que se da lectura son, en esencia, el resumen de obligaciones con que cuenta el matrimonio civil y, sobre todo, la igualdad entre ambos cónyuges.

Posteriormente, el Juez o Autoridad celebrante *extenderá la inscripción o el acta correspondiente* (artículo 58 del Código Civil *in fine*). La inscripción se llevará a cabo directamente en el Registro Civil, cuando el celebrante sea el encargado del Registro Civil, mientras que el Acta de matrimonio será la que extienda la autoridad o funcionario no encargado del Registro Civil (Alcaldes o concejales).

Sentado lo anterior, debe también tenerse en consideración lo dispuesto por el artículo 53 del Código Civil, ya que *La validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez, Alcalde o funcionario que lo*

autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe y aquéllos ejercieran sus funciones públicamente. En este sentido, la posible inscripción fuera de plazo de un matrimonio celebrado no se entendió como un requisito formal esencial la inscripción, pues sí lo son la intervención de Juez competente y dos testigos mayores de edad (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de noviembre de 1986). Incluso algunos autores³⁰¹ consideran que no es requisito formal esencial la lectura de los artículos 66 a 68 del Código Civil.

En definitiva, la forma sustancial civil se reduce a la prestación de consentimiento matrimonial por los contrayentes y la recepción de este consentimiento por persona que ejerza públicamente la función de autorizar el matrimonio³⁰².

Al lado de esta forma normal de matrimonio civil, aparecen también el matrimonio en peligro de muerte, el matrimonio secreto, el matrimonio mediante apoderado y el matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la *lex loci*.

También en este apartado es necesario establecer una acotación derivada de las disposiciones ya citadas: tanto de la Ley 20/2011, del Registro Civil, así como la disposición adicional 11ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, que modificó la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, el sistema establecido por la Ley del Registro Civil, de 1957, se verá sensiblemente modificado a partir del día 30 de junio de 2017, en que entrarán en vigor a la vez la nueva Ley del Registro Civil, como también la reforma de la Ley del Notariado. En tal sentido, debe advertirse que en virtud del artículo 52 de la Ley del Notariado, previa tramitación del expediente matrimonial y Si el acta fuera favorable a la celebración del matrimonio, éste se llevará a cabo ante el Notario que haya intervenido en la tramitación de aquélla mediante el otorgamiento de escritura pública

³⁰¹ Lacruz Berdejo, José Luis, op. Cit., página. 56.

³⁰² Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos; *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*. Edisofer Libros Jurídicos, S.L., Madrid, 2016, páginas. 108-109.

en la que hará constar todas las circunstancias establecidas en la Ley del Registro Civil y su reglamento, siendo posible que en la solicitud inicial o durante la tramitación del acta, hayan solicitado que la prestación del consentimiento se realice ante Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien este delegue u otro Notario, se remitirá copia del acta al oficiante elegido, el cual se limitará a celebrar el matrimonio y levantará acta u otorgará escritura pública, según proceda, con todos los requisitos legalmente exigidos. Asimismo, Si el matrimonio se celebre en peligro de muerte, el Notario otorgará escritura pública donde se recoja la prestación del consentimiento matrimonial, previo dictamen médico sobre su aptitud para prestar éste y sobre la gravedad de la situación cuando el riesgo se derive de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes, salvo imposibilidad acreditada. Con posterioridad, el Notario procederá a la tramitación del acta de comprobación de los requisitos de validez del matrimonio.

El matrimonio en peligro de muerte viene determinado por el artículo 52 del Código Civil, de forma que no requerirá para su autorización la previa formación de expediente, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada. La posible dispensa de intervención de testigos requerirá la prueba de la imposibilidad de su intervención. El matrimonio en estos casos se podrá autorizar por 1.º El Juez encargado del Registro Civil, el delegado o el Alcalde, aunque los contrayentes no residan en la circunscripción respectiva. 2.º En defecto del Juez, y respecto de los militares en campaña, el Oficial o Jefe superior inmediato. Y 3.º Respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave, el Capitán o Comandante de la misma. Una vez celebrado el matrimonio en estas circunstancias, dada la falta de tramitación previa de expediente matrimonial, en tanto éste no se instruya, la validez del matrimonio quedará en suspenso, con retroacción de los efectos una vez se hubiera tramitado, de forma que en caso de que se denegase la inscripción, el matrimonio no habría existido³⁰³.

³⁰³ Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos; *Op.Cit.*, página. 98

2.2.2.5. El matrimonio secreto

El matrimonio secreto es el que se celebra cuando uno o ambos contrayentes se hallan en una situación de peligro, bien por una causa subjetiva (enfermedad, heridas) o bien por causa objetiva que le pueda afectar (guerra, catástrofes, inminencia de una intervención quirúrgica grave), no siendo posible la tramitación ordinaria que se ha visto en párrafos precedentes, teniendo que simplificarse y flexibilizarse por estos motivos los requisitos formales³⁰⁴.

Por su parte, el matrimonio secreto es el que dispensa en la tramitación de la forma ordinaria aquellos elementos relativos a la publicidad del hecho, tal como dispone el artículo 54 del Código Civil: cuando concurra causa grave suficientemente probada, el Ministro de Justicia podrá autorizar el matrimonio secreto. En este caso, el expediente se tramitará reservadamente, sin la publicación de edictos o proclamas. La autorización gubernativa se podrá conceder cuando la Dirección General de los Registros y del Notariado así lo proponga (artículo 267.2 del Reglamento del Registro Civil). El acta matrimonial no generará asiento en los libros de inscripciones del Registro Civil, sino que su original se remitirá directa y reservadamente al Registro Civil Central (artículo 267.3 del Reglamento), para su inscripción en el Libro especial del Registro Central (artículos 78 de la Ley del Registro Civil y 267 del Reglamento). La publicidad de la inscripción en el Registro Civil será en todo caso restringida³⁰⁵, ceñida únicamente a los contrayentes o a persona apoderada, al menos, por uno de ellos, con carácter especial (artículo 268 del Reglamento). Igualmente, los contrayentes o sus herederos podrán pedir el traslado de la inscripción al Registro Civil ordinario que corresponda; en el caso de ser un matrimonio canónico el inscrito como secreto, el obispo correspondiente para el cual cese la obligación de secreto del matrimonio, también podrá solicitar la inscripción pública en el Registro

³⁰⁴ Albaladejo García, Manuel: *op.cit.*, página. 57

³⁰⁵ Díez-Picazo Ponce de León, Luis: *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990. Página. 349.

competente. Y, por último, para el caso de que alguno de los contrayentes se amparase en el carácter secreto del matrimonio para incumplir gravemente los deberes conyugales, el propio Director General de los Registros y del Notariado también podrá ordenar el traslado al Registro competente (artículo 79 de la Ley del Registro Civil).

También con respecto del matrimonio secreto, debe advertirse la influencia en la materia de la Ley 20/2011, del Registro Civil, en cuya virtud su regulación se verá sensiblemente modificada a partir del día 30 de junio de 2017, en que entrará en vigor a la vez la nueva Ley del Registro Civil. El artículo 58.7 de la nueva Ley dispone que en los casos de celebración del matrimonio secreto a que se refiere el artículo 54 del Código Civil, su tramitación se realizará de manera reservada y su inscripción se someterá al régimen de publicidad restringida previsto en los artículos 83 y 84 de la presente Ley que en establecen que tendrán publicidad restringida y merecedores de protección especial los datos que se refieran a este matrimonio secreto y a los cuales Sólo el inscrito o sus representantes legales podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan, siendo posible que Si el inscrito ha fallecido, la autorización para acceder a los datos especialmente protegidos sólo podrá efectuarla el Juez de Primera Instancia del domicilio del solicitante, siempre que justifique interés legítimo y razón fundada para pedirlo, presumiéndose que este interés legítimo lo ostenta el cónyuge del fallecido, pareja de hecho, ascendientes y descendientes hasta el segundo grado.

2.2.2.6. El matrimonio celebrado mediante representante

En aquellos casos en que el consentimiento matrimonial se vea expresado a través de una persona diferente a los contrayentes, facultada con carácter especial para expresar la voluntad ajena de contraer matrimonio, se hace referencia al matrimonio por medio de

representante, previéndose la posibilidad en el artículo 55 del Código Civil: podrá autorizarse en el expediente matrimonial que el contrayente que no resida en el distrito o demarcación del Juez, Alcalde o funcionario autorizante celebre el matrimonio por apoderado a quien haya concedido poder especial en forma auténtica, pero siempre será necesaria la asistencia personal del otro contrayente. En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad. El poder se extinguirá por la revocación del poderdante, por la renuncia del apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos. En caso de revocación por el poderdante bastará su manifestación en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio. La revocación se notificará de inmediato al Juez, Alcalde o funcionario autorizante.

2.2.2.7. Matrimonio celebrado en el extranjero

Por último, el artículo 49 in fine del Código Civil establece que también podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración, para cuya validez en España será necesario que el matrimonio se vea inscrito en el Registro Civil. Para ello, deberá tramitarse un expediente gubernativo, según el artículo 73 de la Ley del Registro Civil, si bien el artículo 256 del Reglamento admite que se pueda inscribir la certificación que fuera emitida por la autoridad o funcionario del país de celebración del matrimonio, junto a las declaraciones complementarias formales (apostilla de La Haya, sellos diplomáticos, por ejemplo), siempre que no haya dudas de la realidad de celebración y ajuste a la legalidad española.

Una vez celebrado el matrimonio, el mismo deberá ser inscrito en el Registro Civil. En la actualidad, bajo la vigencia de la Ley del Registro Civil de 1957, se deberá inscribir en la Sección Segunda del Registro competente. Una vez entre en vigor la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, las secciones del Registro civil desaparecerán, pasando el

sistema a un registro individual de la persona, por lo que a tenor del artículo 59.1 de la Ley, el matrimonio únicamente se inscribirá en el citado registro individual. En todo caso, la inscripción en el Registro se deberá practicar, en la medida de lo posible, directamente, en el folio que corresponda del Libro de Matrimonios del Registro (artículo 255 del Reglamento del Registro Civil). Esta inscripción directa, sin ser necesaria la extensión de acta de la celebración, será lo habitual cuando el matrimonio se celebre ante el Juez encargado del Registro. Por el contrario, tal como se ha expuesto en párrafos anteriores, la inscripción del matrimonio celebrado ante otras autoridades (concejales, alcaldes, mandos militares) requerirá, por tanto, la extensión de acta de matrimonio que deberá ser inscrita en el Registro.

El artículo 58.9 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, que entrarán en vigor el 30 de junio de 2017, también establece como particularidad para el matrimonio celebrado en el extranjero, que la celebración del matrimonio fuera de España corresponderá al funcionario consular o diplomático Encargado del Registro Civil en el extranjero. Si uno o los dos contrayentes residieran en el extranjero, la tramitación del expediente previo podrá corresponder al funcionario diplomático o consular Encargado del registro civil competente en la demarcación consular donde residan. El matrimonio así tramitado podrá celebrarse ante el mismo funcionario u otro distinto, o ante el Juez de Paz, Alcalde o Concejál en quien éste delegue, a elección de los contrayentes.

2.2.2.8. Eficacia y efectos del matrimonio

La eficacia del matrimonio civil se despliega desde que se contrae, por lo que el artículo 61.1 del Código Civil establece que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Evidentemente, el matrimonio contraído deberá ser válido, pues como indica

Albaladejo³⁰⁶, los efectos son sólo aparentes, aunque puedan mantenerse como de matrimonio putativo, en protección a la buena fe. Esto supone que el matrimonio celebrado sólo será oponible a terceros cuando se haya producido la inscripción, de forma que desde ese momento se podrá hablar de plenitud de reconocimiento, que tendrá efecto retroactivo al momento de la celebración. Otra cosa serán los efectos de carácter personal entre los contrayentes: es decir, una vez celebrado y esté inscrito o no el matrimonio, lo cierto es que los efectos derivados de la celebración vincularán a los cónyuges, de forma que, por ejemplo, no podrán contraer matrimonio en tanto no quede disuelto el vínculo nacido de la celebración del matrimonio en cuestión. En definitiva, la inscripción será el elemento que sí vinculará a terceros, quedando bien claro incluso por lo que advierte el artículo 64 del Código Civil, que establece que para el reconocimiento del matrimonio secreto basta su inscripción en el libro especial del Registro Civil Central, pero no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas sino desde su publicación en el Registro Civil ordinario.

La inscripción del matrimonio en el Registro Civil supone la garantía que permite la constancia oficial de su existencia, así como de las posibles vicisitudes que pueda ir experimentando el matrimonio en cuestión. La prueba del matrimonio se rige por lo dispuesto por el artículo 327 del Código Civil y 2 y 3 de la Ley del Registro Civil de 1957. El artículo 327 establece que las actas del Registro serán la prueba del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido aquéllas o hubiesen desaparecido los libros del Registro, o cuando ante los Tribunales se suscite contienda. Y el artículo 2 de la Ley del Registro Civil dispone que el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento. A su vez, la Ley

³⁰⁶Albaladejo García, Manuel, *op.cit.*, páginas. 62 y ss.

20/2011, del Registro Civil³⁰⁷ dispone en su artículo 17 que 1. La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos. 2. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba. En el primer caso, será requisito indispensable para su admisión la acreditación de que previa o simultáneamente se ha instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento, y no su mera solicitud. Y, en concreto y respecto del matrimonio, añade en su artículo 59 que 1. El matrimonio autorizado y celebrado según el procedimiento previsto en el artículo anterior se inscribirá en los registros individuales de los contrayentes. 2. El matrimonio celebrado ante autoridad extranjera accederá al Registro Civil español mediante la inscripción de la certificación correspondiente, siempre que tenga eficacia con arreglo a lo previsto en la presente Ley. 3. El matrimonio celebrado en España en forma religiosa accederá al Registro Civil mediante la inscripción de la certificación de la Iglesia o Confesión respectiva conforme a lo previsto en el artículo 63 del Código Civil. 4. La inscripción hace fe del matrimonio y de la fecha y lugar en que se contrae.

Una vez celebrado el matrimonio, los cónyuges asumen unos efectos legales inherentes a la institución, asumiendo con ello unas relaciones personales especiales que vienen determinadas por la Ley. En primer lugar, mediante el matrimonio nace entre los cónyuges una relación especial que no es la de parentesco, sino la relación matrimonial. De ello se extrae una primera consecuencia de la institución, consistente en que las relaciones conyugales se verán desarrolladas enmarcadas en una comunidad de vida, de forma que surge una proyección *erga omnes* del matrimonio ante terceros, que lleva incluso a la existencia de una responsabilidad solidaria de los cónyuges de la vida doméstica en todos sus ámbitos, aun cuando esta responsabilidad se contraiga por uno solo de los cónyuges (por ejemplo, en la compra de mobiliario de la casa). El matrimonio civil no supone que

³⁰⁷ En vigor desde el 15 de julio de 2015 conforme establece la disposición adicional decimonovena del R.D.-ley 8/2014, de 4 de julio («BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO» 5 julio), reiterada por la disposición adicional vigésima de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia («BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO» 17 octubre).

los cónyuges pierdan su individualidad, pero sí la limita en los aspectos que se refieran a la vida común, que vincula a ambos cónyuges desde perspectivas jurídicas, éticas, afectivas y de intimidad, haciéndose por ello referencia a una esfera que va más allá del mero aspecto patrimonial y ubican la unión en lo que ya desde el Derecho romano se ha venido conociendo como el *consortium omnis vitae*³⁰⁸, sin perjuicio de que el vínculo matrimonial pueda disolverse por diversas causas. Tal como Ortega de Albornoz comenta, Debe entenderse más bien que como un consorcio para toda la vida, como un consorcio en todas las cosas de la vida. En efecto, *consortium* se forma a partir de *cum*, que normalmente designa una relación de unión y compañía, y *sorte* (suerte), de donde *consortium omnis vitae* significa participación de una misma suerte en todas las cosas de la vida. Y consortes, como se denomina a los cónyuges, son aquéllos que al convivir unidos en matrimonio, comparten la misma suerte que el destino les depare, adversa o propicia. Lo expuesto debe leerse en todo caso a través del principio que se proclama por el artículo 66 del Código Civil, pues *Los cónyuges son iguales en derechos y deberes*³⁰⁹, por el cual se da concreción al artículo 32 de la Constitución, que se limita a enunciar el derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Esta igualdad de derechos entre los cónyuges supone a la vez que la Ley no toma partido a favor de uno u otro, no concediendo preeminencia a unos sobre otros, sin atribuir a unos u otros ningún tipo de tareas concretas (domésticas o bien laborales), ni determinar legalmente entre papeles directivos o ejecutivos en el ámbito matrimonial.

Consecuencia de lo anterior está en que actualmente, los deberes recíprocos de los cónyuges no se fundamentan en el primitivo deber de obediencia y supeditación de la esposa al marido, sino que estos deberes son los marcados por los artículos 67 y 68 del

³⁰⁸ Ortega Carrillo de Albornoz, Antonio, *Derecho Privado Romano*, S. A. PROMOTORA CULTURAL MALAGUEÑA, Málaga, 1999, páginainas 43-50 y Miquel González de Audicana, Juan: *Consortiumomnis vitae: una reflexión sobre derecho matrimonial comparado*, Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, diciembre de 2003, páginainas 85-98.

³⁰⁹ Artículo redactado por el apartado dos del artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio («BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO» 2 julio).Vigencia: 3 julio 2005

Código Civil, relativos a que *Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia* y a que Junto a lo anterior y en el ámbito del Derecho Civil autonómico, sólo el derecho civil catalán, a través del artículo 231- 2 del Código Civil de Cataluña dispone que el matrimonio establece un vínculo jurídico entre dos personas que origina una comunidad de vida en que los cónyuges deben respetarse, actuar en interés de la familia, guardarse lealtad, ayudarse y prestarse socorro mutuo, proclamando también que Los cónyuges tienen en el matrimonio los mismos derechos y deberes, especialmente el cuidado y la atención de los demás miembros de la familia que estén a su cargo y convivan con ellos, y deben compartir las responsabilidades domésticas. Es decir, que el Derecho Civil de Cataluña orilla el deber de fidelidad entre los cónyuges, dando prioridad en su lugar al deber de lealtad³¹⁰, concepto no definido legalmente por la norma catalana. Asimismo, el inciso transcrito del deber de compartir responsabilidades domésticas y cuidado y atención de hijos y personas dependientes a su cargo tan sólo responde, en opinión de Lacruz, a la voluntad del legislador de mantener un discurso de familia extensa, solidaria y corresponsable, con el fin de solapar la obligación del estado social frente a aquellas necesidades que pueda experimentar la familia a lo largo de los años³¹¹. Evidentemente, estos deberes no son obligaciones sinalagmáticas y por ello no será aplicable el artículo 1.124 del Código Civil.

³¹⁰ La definición del sustantivo *lealtad*, que ofrece el Diccionario de la Real Academia, engloba tres acepciones diferentes: **1. f.** *Cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien;* **2. f.** *Amor o gratitud que muestran al hombre algunos animales, como el perro y el caballo;* **3. f. p. us.** *Legalidad, verdad, realidad.* Por lo tanto, el término lealtad que se incluye en el Código Civil de Cataluña implica un plus en los deberes recíprocos de los cónyuges.

³¹¹ Lacruz Berdejo, op. Cit. páginas 64 y 65

2.2.2.9. Deberes conyugales

La obligación de convivencia, impuesta por el artículo 68 del Código Civil, se verá referida al domicilio conyugal, que los cónyuges fijarán de común acuerdo y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia (artículo 70 del Código Civil). A este respecto, habrá dos posibilidades acordes al precepto: o bien uno de los cónyuges pasa a residir con el otro, satisfaciendo la parte proporcional de los gastos comunes, o bien uno de los dos acoge al otro en su domicilio, si el otro está falto de recursos. En la realidad, la fijación de un determinado domicilio conyugal dependerá de las posibilidades económicas de la pareja y también de las decisiones que hubieran adoptado conjuntamente al respecto. En este sentido, tal como apunta Lacruz³¹², los cónyuges pueden estar de acuerdo en no vivir juntos en absoluto, por tiempo definido o indefinido, pero no pueden pactarlo con eficacia, sino, a lo más, como un medio de concluir con el matrimonio, pero no para permanecer en él. El deber de convivencia se verá suspendido ante un incumplimiento de deberes conyugales, o bien existiesen malos tratos físicos o psíquicos, o bien el otro cónyuge se negase a colaborar en el sostenimiento del hogar común. En todo caso, no cabrá en ningún caso una ejecución *in natura* cuando un cónyuge no quiera vivir con el otro, por lo que incluso el artículo 69 del Código Civil establece que se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos. En este sentido, no habrá cese efectivo de convivencia con el mero apartamiento de los cónyuges: el tenor literal del artículo 69 del Código Civil supone que la convivencia no comporte que la pareja esté constantemente junta, sino que conserve la intención de reunirse en momentos de ausencia. Por ello es trascendente conocer cuál es el efectivo domicilio conyugal, pues por un lado, en él se deberán cumplir los deberes conyugales, debiendo fijarse consensuadamente por ambos cónyuges y, en su defecto, ser establecido por parte de la Autoridad judicial, quien tendrá que resolver en todo caso en interés de la familia, considerando las condiciones

³¹² Lacruz Berdejo, José Luis, Op. Cit., página. 65.

físicas del lugar (clima, servicios, oportunidades), así como las aspiraciones, necesidades y salud de los cónyuges y de sus descendientes, datos económicos de los cónyuges, de los hijos o de la familia. Será siempre posible que, por motivos especiales (de carácter laboral, por ejemplo), algún cónyuge fije un domicilio distinto al conyugal, pero reiterándose lo antes dicho, en cuanto a que los cónyuges conserven la intención de convivir en *honor matrimonii* y con la voluntad de formar una familia.

El deber de fidelidad conyugal, ampliado tal como se ha comentado en Cataluña, mediante el concepto de lealtad, parte de la recíproca disponibilidad sexual de los cónyuges y que el Derecho Canónico refería como consumación del matrimonio. Al mismo tiempo, el deber de fidelidad implica la obligación de abstenerse los cónyuges de mantener relaciones con terceras personas y, por ello, la exclusividad sexual recíproca entre los mismos. Este deber es de carácter incoercible, de modo unánime por la doctrina, que en virtud del derecho a la intimidad, hace que la Autoridad judicial no pueda intervenir en este ámbito. En cualquier caso, el deber de fidelidad se ve mantenido en la institución matrimonial, a través de las sucesivas reformas que el Código Civil ha experimentado a lo largo de su existencia, sin perjuicio de que pueda haber cambiado sus formas de tutela (casos del delito de adulterio o del conyugicidio), no variando el deber entre los cónyuges.

El deber de mutua ayuda o mutuo socorro se refiere a las necesidades personales del cónyuge que reclama su cumplimiento. Este deber se entronca claramente con el ya visto deber de compartir las responsabilidades domésticas, que en definitiva, quedan dentro del conjunto de la mutua ayuda o de mutuo socorro entre los cónyuges. En todo caso, este deber de ayuda mutua o mutuo socorro no pasan en modo alguno por la atribución de tareas concretas al marido o a la esposa, respecto de las posibles tareas domésticas o en apoyo en tareas personales o profesionales. Tampoco es coercible directamente este deber respecto del cónyuge que no lo cumpla, pero sí pueden tener su límite en los delitos previstos y penados por los artículos 226 y 227 del Código Penal, enmarcado entre los delitos de abandono de familia, menores o incapaces, en cuanto a los eventuales incumplimientos de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus

descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, o bien el supuesto de dejar de abonar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos.

El deber de respeto mutuo de los cónyuges tiene varias vertientes: por un lado, se relaciona con el deber de fidelidad, en el sentido de que la conducta de un cónyuge no comporte que su conducta atente contra la dignidad del otro, así como que también en la esfera íntima del matrimonio, se mantenga una exigencia de consideración recíproca, basada en el trato cortés y considerado. Lo contrario al deber de respeto mutuo se encuentra por ejemplo en las expresiones despreciativas o injuriosas, sobre todo ante terceros, sean o no verdaderas, así como los malos tratos constantes o esporádicos³¹³.

El deber de actuación en interés de la familia no tiene carácter recíproco, sino paralelo para ambos cónyuges, pues la conducta de ambos cónyuges deberá dirigir su conducta en el interés concreto de la familia que encabezan. En este caso, no se hace referencia a un deber respecto de quienes pueden formar la familia en sentido abstracto, sino respecto de los cónyuges mismos y entre éstos por un lado y también respecto de los descendientes que pudieran tener. Evidentemente, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, deberá acudirse a criterios estándares de comportamiento usual y estadística para poder valorar adecuadamente su cumplimiento.

³¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1994, Id Cendoj: 28079110011994103477

2.2.2.10. Matrimonio y ciudadanía

En cuanto a los aspectos relativos a la nacionalidad y la vecindad civil, respecto del matrimonio, debe advertirse que el matrimonio facilita la adquisición de la nacionalidad española, tal como indica el artículo 22.2.d) del Código Civil, bastará el tiempo de residencia de un año para adquirir la nacionalidad española el que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho. Por lo que a la vecindad civil se refiere, el artículo 14.4 del Código Civil aclara la cuestión, ya que el matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro.

2.2.2.11. La nulidad matrimonial

Tal como se ha visto, una vez celebrado el matrimonio, prestado el consentimiento matrimonial por ambos cónyuges e inscrita la celebración, ambos contrayentes quedan unidos por medio del vínculo matrimonial. No obstante, el matrimonio civil lleva implícito en España que el vínculo matrimonial puede quedar destruido bien con efectos *ex tunc*, en cuyo caso se estará haciendo referencia a la inexistencia de vínculo, ante la anulación del matrimonio, que supondrá la existencia de algún defecto que convirtió en nulo el matrimonio, de forma que éste no habrá existido. También puede quedar destruido el vínculo matrimonial *ex nunc*, lo que obligará a entender que se ha declarado judicialmente la disolución del matrimonio, ante la petición de divorcio de uno o ambos cónyuges. Y paralelamente, cabrá la posibilidad de que diversas obligaciones matrimoniales se vean cesadas mediante resolución judicial, a través de la petición por uno o ambos cónyuges de la declaración de separación conyugal. La regulación de los supuestos de nulidad, divorcio o separación conyugal queda reservada a la legislación del Estado, en virtud de lo que

dispone el artículo 149.1.8º de la Constitución, si bien y como se verá seguidamente, alguna legislación civil autonómica como la catalana, introducen reglas propias concernientes al ejercicio de las acciones de nulidad, divorcio o separación. En este sentido y tal como indica Albaladejo³¹⁴, el Derecho del Estado se aplica por sus tribunales a los casos y pleitos de disolución, nulidad y separación que se planteen ante él, se hayan unido los cónyuge en matrimonio civil en forma civil, en matrimonio civil en forma religiosa según una religión distinta a la católica, o en matrimonio canónico.

En paralelo a que el Derecho Civil español en materia de separación, nulidad o divorcio se aplique por los tribunales españoles, existe también una excepción condicionada, relativa al matrimonio canónico y su posible nulidad. En este sentido, la declaración de nulidad del matrimonio canónico será decretada por parte de los Tribunales Eclesiásticos competentes, conforme a las normas del Derecho canónico. En estos casos debe tenerse en consideración que las causas de nulidad civil española se encuentran incluidas entre las causas de nulidad canónica, si bien el Derecho canónico cataloga causas propias de nulidad, distintas a las contempladas por el Derecho Civil español. Por este motivo, así como por los acuerdos con la Santa Sede y las previsiones del Código Civil en su artículo 80 y del artículo 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Estado Español reconoce la posibilidad de que las sentencias canónicas de nulidad puedan tener eficacia civil, previa tramitación del proceso judicial para la homologación de la resolución, en que se analizará si la resolución canónica se ajusta o no al Derecho español. Esto lleva a Albaladejo a afirmar que aunque para la eficacia civil se requiera la declaración jurisdiccional civil de “ajuste” al Derecho español, no queriendo decir que lo fallado por los tribunales eclesíásticos tenga que coincidir con lo que para el supuesto de que se trate disponga el Derecho del Estado, no impone que la solución dada al caso sea la que le corresponda a tenor del Código Civil.

³¹⁴ Albaladejo García, Manuel, op. Cit. *páginas*. 66 y ss.

La regulación brindada por el Código Civil a las situaciones de crisis matrimoniales se establece en los Capítulos VI a XI del Título IV del Libro I del Código Civil. Los artículos 73 a 80 (Título VI) regulan la nulidad matrimonial. Por su parte, los artículos 81 a 84 (Título VII) regulan la separación conyugal, los artículos 85 a 89 (Título VIII) configuran la disolución del matrimonio por divorcio, los artículos 90 a 101 (Título IX) prevén los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, los artículos 102 a 106 establecen el marco de las medidas provisionales de los tres procedimientos judiciales y el artículo 107 regula la ley aplicable, como norma de Derecho Internacional privado.

La configuración legal de la nulidad matrimonial en España se vio regulada a través de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Los artículos 81 a 101 y 102 a 106, referidos a la separación conyugal, a la disolución del matrimonio por divorcio y los efectos de ambas situaciones, se ven actualmente regulados en esencia por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

2.2.2.12. La separación conyugal

La separación conyugal se ve regulada en la actualidad por los artículos 81, 83 y 84 del Código Civil, viéndose tremendamente simplificada tras la reforma de 2005. El artículo 81 del Código Civil regula los requisitos y forma consensual o contenciosa del ejercicio de la acción de separación: Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el

transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. En ambos casos, a la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

En la actualidad, por tanto, la separación conyugal se debe contemplar a través del cauce judicial, de forma que actualmente, hablar de una posible separación de hecho y no judicial supone referirse a una situación o fenómeno sociológico, basado en el cese de la convivencia, sin más y todo ello sin perjuicio de que en caso de ser un cese acordado unilateralmente de la convivencia, pudiera suponer ante el incumplimiento de deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad o al matrimonio la comisión de un delito de abandono de familia.

No existen, por tanto, causas de separación, tal como sí sucedía en la regulación anterior, de 1981, sino que tal como también sucede con el divorcio, basta la voluntad de uno de los cónyuges para que la autoridad judicial deba decretar la separación conyugal. El único requisito que se impone para poder solicitar la separación se basa en que entre la celebración de matrimonio y la petición de separación hayan transcurrido tres meses. No obstante, este plazo se ve obviado cuando uno de los cónyuges ponga en peligro la vida o la integridad física del otro, o de los hijos comunes o del demandante, o incluso del propio demandado. En este caso, acierta Lacruz³¹⁵ al afirmar que el Código Civil no contempla que por parte del Juez de Familia se deba dar cuenta al Ministerio Fiscal de la situación, a los efectos de persecución de posibles delitos contra la integridad física o moral que pudieran concurrir ante esta situación.

Aparece también un segundo cambio sustancial en la regulación de la separación, respecto de las normas precedentes: en la regulación de 1981, la separación era una

³¹⁵ Lacruz Berdejo, José Luis, Op. Cit., páginas. 82 y ss.

situación que podía ser permanente o bien transitoria hacia el divorcio, pero que en todo caso era imprescindible para el acceso a la disolución por divorcio del matrimonio. En la actualidad, la separación sólo es una situación opcional y no una forma de sanción, a la que se puede llegar por la voluntad de uno o ambos cónyuges, pero siendo imposible que uno de ellos se oponga por motivos materiales, o bien que el Juez rechace la petición. Para Lacruz³¹⁶, la separación tiene hoy que la función de permitir el mantenimiento del vínculo matrimonial sin producción de ninguno de sus efectos y tendrá por destinatarios “naturales” a aquellos que necesitan un período de reflexión o se encuentran tramitando la nulidad o el divorcio, o bien creyendo en la indisolubilidad del matrimonio de carácter religioso, no desean mantener una vida matrimonial.

Tal como prevé el artículo 81 del Código Civil, la separación puede revestir tres formas: la consensual (convenida o consensual, negocial y con homologación judicial), la contenciosa, o bien la separación de hecho. La separación consensual parte de la petición conjunta (o bien de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro) de la separación ante el Juzgado de Familia. Se trata de una acción personalísima, que no podrán ejercitar los herederos del cónyuge³¹⁷.

Tal como dispone el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la demanda de separación deberá acompañar, además del Certificado literal de matrimonio (y de nacimiento de los hijos, si los hay), el correspondiente convenio de separación o bien el acuerdo alcanzado en ámbito de mediación familiar.

Dado el carácter negocial, serán aplicables las causas de impugnación previstas por el artículo 1265 del Código Civil. El contenido del convenio de separación será el mismo que en el caso de la disolución del vínculo matrimonial por divorcio y se establece en el artículo 90 del Código Civil y deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

³¹⁶ Lacruz Berdejo, José Luis, Op. Cit.

³¹⁷ Id Cendoj: 28079110011982100018

A) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

C) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

D) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

E) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

F) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

En el caso de Cataluña, el Artículo 233-2 del Código Civil catalán, obliga además a que en caso de que haya hijos menores, se deba acompañar a la demanda un plan de

parentalidad, que establezca para ambos progenitores las reglas de cumplimiento del convenio y relaciones paternofiliales en lo sucesivo, el régimen de relaciones personales con los abuelos y los hermanos que no convivan en el mismo domicilio.

Estas medidas definitivas que deben establecerse en las sentencias de separación consensuales se establecerán también por parte del Juez de Familia en el los casos de separaciones contenciosas, siempre que existan hijos comunes o bien se requiera la adopción de medidas de carácter patrimonial. En todo caso, la separación comportará el cese de la vida común de los casados, sin afectarse el vínculo matrimonial. Esto comporta a la vez la imposibilidad de vincular los bienes de un cónyuge a la responsabilidad en que el otro pudiera incurrir en ejercicio de la potestad doméstica, dado que si con la separación no puede hablarse de *domus consorcial*, tampoco podrá hacerse referencia a esa responsabilidad subsidiaria (artículos 1.319.1 y 2, y 83 del Código Civil). Al mismo tiempo, comportará el cese de presunción de paternidad del esposo (artículo 116 del Código Civil), aunque quepa la inscripción del nacimiento del hijo pero con el consentimiento conjunto de ambos esposos (artículo 118), determina como criterio subsidiario el ejercicio individual de la patria potestad (artículo 156.5), queda excluido el llamamiento a la sucesión *ab intestato* del cónyuge premuerto (artículo 945) y posibilita la concesión judicial de emancipación al hijo de los cónyuges separados (artículo 320.2).

Tal como se indica, la separación se basa principalmente en el cese de la convivencia conyugal. Por este motivo, en caso de que los cónyuges decidan reanudar la convivencia interrumpida con la separación, el artículo 84 del Código Civil establece que La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Esto supone que a través de la reanudación de la convivencia, se recuperan todos los efectos del matrimonio, cesados por medio de la separación. La reconciliación no podrá suponer una reanudación de la convivencia temporal, sino permanente. Como acto negocial, también podrá ser impugnado por los cauces de la impugnación del negocio jurídico (ex artículo 1265 del Código Civil). El análisis de los efectos de la reconciliación obliga a diferenciar entre los efectos que afectan

a la libre determinación de los cónyuges y los que obligan a una previa notificación de la reconciliación al Juez que decretó previamente la separación y concretamente, los referidos a los hijos comunes. Asimismo y tal como se desprende del tenor literal del precepto transcrito, sólo la comunicación de la reconciliación al Juez supondrá requisito de eficacia de la reconciliación. Y todo ello con un límite contemplado por el párrafo segundo del artículo 84 del Código civil, pues mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

2.2.2.13. Las causas de disolución del matrimonio

Vista la situación de separación conyugal y tal como ya se ha apuntado anteriormente, procede examinar la regulación relativa a la disolución del matrimonio. Sólo en el paréntesis abierto por la Ley de Divorcio de la Segunda República, vigente entre 1932 y 1938, la única causa de disolución matrimonial legalmente establecida fue la muerte de uno de los cónyuges. En la actualidad, además de la muerte de uno de los cónyuges, el artículo 85 del Código Civil dispone la disolución del matrimonio sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. Considerando además lo dispuesto por el artículo 80 del Código Civil, Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente. Por lo tanto, las causas de disolución del matrimonio son: 1) La muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges; 2) El divorcio; 3) La homologación de resolución pontificia sobre matrimonio rato y no consumado.

1) La disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges viene dispuesto por el artículo 85 del Código Civil. Esta misma causa de disolución del matrimonio se contempla también por el Derecho Canónico, en el canon 1.118.

2) La disolución del matrimonio por medio de la declaración de fallecimiento está también prevista por el artículo 85 del Código Civil, no constituyendo una presunción de disolución, sino una disolución del matrimonio en toda regla. Una eventual aparición del cónyuge que se creyó fallecido implicaría la subsistencia del matrimonio y, por tanto, la nulidad del matrimonio posterior. En este caso, el cónyuge superviviente podrá contraer nuevo matrimonio sin necesitar autorización o dispensa alguna, pues a través de la declaración de fallecimiento se determina que este cónyuge que sobrevive ya no continúa casado con aquel cuyo fallecimiento se ha declarado.

3) El divorcio es la institución legal que permite la disolución vincular del matrimonio en vida de ambos cónyuges. La solución legal al divorcio es diversa, según el sistema que cada ordenamiento escoja, por lo que en unos casos se puede encontrar el denominado *divorcio sanción*, para los casos en que el divorcio es la respuesta legal a una determinada conducta de uno de los cónyuges, o bien como salida a la ruptura de la relación conyugal, sin contemplación de una posible reanudación, siendo irreversible, denominándose en este otro caso como *divorcio quiebra* o divorcio remedio. Se hace mención por parte de la doctrina de un tercer tipo de divorcio, el divorcio constatación, por el que la autoridad judicial deberá investigar y constatar la efectiva ruptura de la armonía conyugal, ateniéndose sólo a ese dato.

La recuperación del divorcio por medio de la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio introdujo un sistema de divorcio causal, cuyos efectos se extienden a todo matrimonio, con independencia de su forma de celebración (civil o religiosa), manteniéndose este sistema en la actualidad, tras la reforma de 2005. A diferencia de lo ocurrido con la reforma de 1981, la Ley 15/2005 introdujo un sistema de divorcio acausal, por lo que a través de lo dispuesto en el artículo 85 del Código

Civil, El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio, añadiendo el artículo 86 que Se decretará judicialmente el divorcio, con independencia de la forma de celebración del matrimonio, a petición de un solo cónyuge, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias que exige el artículo 81 del código civil.

La acción de divorcio podrá ejercitarla o bien uno de los cónyuges contra el otro, conjuntamente, o uno con el consentimiento del otro, acompañando en todo caso una propuesta de las medidas definitivas que regularán la situación entre ambos, tras la ruptura del vínculo conyugal. Esta propuesta o bien se realizará para que el cónyuge contra el cual se interpone la demanda pueda a su vez oponerse o aceptar dichas medidas, resolviendo en este caso el juez lo más procedente al caso, o bien se propondrán las medidas conjuntamente por ambos cónyuges, en caso de acción consensual de divorcio. La propuesta relativa a estas medidas podrá haberse consensuado entre los esposos, o bien a través de la intervención de la correspondiente mediación familiar.

Según dispone el artículo 88 del Código Civil, La acción de divorcio se extingue por el fallecimiento de uno de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa con posterioridad a la interposición de la demanda. La posibilidad de reconciliación entre las partes sólo tendrá un límite, que se basará en que la misma se lleve a cabo antes de la firmeza de la sentencia que declare el divorcio, ya que si ésta tiene carácter posterior al divorcio, no producirá efectos legales, al no existir ya vínculo matrimonial entre las partes, todo ello sin perjuicio de que las mismas contraigan matrimonio entre sí con posterioridad.

Los efectos de una sentencia de divorcio tendrán como principal consecuencia la de disolver el matrimonio, por lo que el artículo 89 del Código Civil ya advierte que la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que declare esta disolución y causará efecto desde que sea firme, sin que se perjudique con ello a terceros de buena fe, sino hasta que la resolución sea inscrita en el Registro civil.

La Sentencia que declara el divorcio, una vez firme, afecta a todos los vínculos matrimoniales, con independencia de la forma de celebración del matrimonio, alterando el estado civil de quienes antes estuvieron casados, que en lo sucesivo serán divorciados, quedando por ello libres para contraer nuevo matrimonio. A su vez, es importante recordar que los efectos de la Sentencia sólo vincularán a terceros, desde el momento de su inscripción y *No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil* (artículo 89 in fine del Código Civil).

A su vez, una sentencia de divorcio dictada por un tribunal extranjero será válida en España, previa aplicación del procedimiento previsto por los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigente en virtud de la disposición derogatoria única 1.3º, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, siempre que se cumplan las siguientes condiciones impuestas por el artículo 107 del Código Civil, en el sentido de que la citada Sentencia no sea discriminatoria o bien contraria al orden público español.

De lo visto, se coligen una serie de consecuencias prácticas que afectarán directamente al ejercicio de las acciones judiciales de separación, de divorcio, o de nulidad. La primera de ellas es que desde el punto de vista procesal regirá a todos los efectos el principio de justicia rogada, contemplado por el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, deberá matizarse la aplicación del principio, en aquellos procesos en que se discutan aspectos referentes a hijos menores de edad, o bien en los procesos de nulidad matrimonial, ya que en tal caso será obligada la intervención del Ministerio Fiscal (artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y tal como establece el artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el objeto del proceso será indisponible por las partes, no surtiendo efecto la posible renuncia, allanamiento o transacción, salvo en los casos de conformidad del Ministerio Fiscal, que a la vez vendrá vedado a los casos siguientes: 1.º En los procesos de declaración de prodigalidad, así como en los que se refieran a filiación, paternidad y maternidad, siempre que no existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento. 2.º En los procesos de nulidad matrimonial por minoría de edad, cuando el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor ejercite, después de llegar a la mayoría de edad, la acción de nulidad. 3.º En los procesos de nulidad matrimonial por

error, coacción o miedo grave. 4.º En los procesos de separación y divorcio. Asimismo, para los supuestos en que las pretensiones que se formulen por los litigantes tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento en la forma que disponen los artículos 19 a 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La segunda de las consecuencias que se extraen de lo visto anteriormente es que desde la perspectiva de la competencia judicial objetiva, las acciones de separación, nulidad y divorcio se deberán plantear ante el Juzgado de Primera Instancia, por aplicación del artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, todo ello sin perjuicio de cuanto se expondrá seguidamente.

Debe advertirse también que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, la nulidad, la separación y el divorcio deberán ser inscritos en el Registro Civil, en los siguientes términos: el letrado de la Administración de justicia del tribunal que hubiera dictado la resolución firme de separación, nulidad o divorcio deberá remitir en el mismo día o al siguiente hábil y por medios electrónicos testimonio de la misma a la Oficina General del Registro Civil, a fin de que ésta practique inmediatamente su inscripción, pudiendo inscribirse estas resoluciones desde la adquisición de firmeza de las mismas. Esta obligación también la tiene el notario que hubiera autorizado en escritura de su protocolo un divorcio o separación de mutuo acuerdo y deberán inscribirse también aquellas resoluciones o escrituras que supongan modificación de las iniciales. Asimismo, las resoluciones canónicas que se dicten por tribunales eclesiásticos reconocidos, serán objeto de inscripción, si se cumplen los requisitos legales exigidos.

Asimismo, el proceso de divorcio también podrá instarse ante Notario, tal como así dispone el artículo 87 del Código Civil, tras su reforma por la Ley 15/2015, siempre que sea consensual, que no existan hijos menores de edad y, en caso de que existan hijos mayores de edad, también comparezcan para que con ello puedan establecerse, modificarse

o extinguirse las medidas que pudieran afectarles y siempre con la asistencia de abogado o abogados que asesore a las partes y redacte el convenio de mutuo acuerdo. En estos casos será notario competente el del domicilio de cualquiera de los cónyuges o bien el del último domicilio conyugal.

2.2.2.14. La defensa de la igualdad, ante las crisis matrimoniales concurrentes con episodios de violencia de género

Una de las especialidades procesales que permiten los procesos de familia, al amparo de lo que se dispone desde el punto de vista procesal en los artículos 771 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y desde el punto de vista sustantivo, en los artículos 103 y 104 del Código Civil y 233-1 del Código Civil de Cataluña, se encuentra en la petición al Juez de Familia de la adopción de medidas cautelares, que podrán ser previas a la interposición de la demanda de separación, divorcio, o nulidad, en cuyo caso y una vez dictado el Auto correspondiente que resuelva la solicitud, la parte actora podrá interponer demanda en el plazo de treinta días desde la notificación de la resolución, en cuyo defecto, el contenido de la resolución quedaría sin efecto (artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y manteniendo su vigencia en tanto no hubiera Sentencia firme en el procedimiento principal, pudiendo también solicitarse la adopción de las medidas provisionales coetáneamente con la demanda de separación, divorcio, o nulidad, mediante otrosí (artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en cuyo caso las medidas acordadas con carácter provisional se mantendrían vigentes en tanto no recayese Sentencia firme del procedimiento en cuestión.

El contenido de la petición de adopción de medidas provisionales (bien previas, o bien coetáneas a la demanda), podrá pretender que el Auto que sea dictado resuelva diversas cuestiones tasadas por la Ley (artículos 103 y 104 del Código Civil, o 231-1 del Código Civil de Cataluña), fijando por ello un régimen de guarda para los hijos, la forma en que la potestad parental deberá ser ejercida por los progenitores, un sistema de visitas

provisional para el progenitor no custodio, la fijación de una cantidad por concepto de alimentos para los hijos y, en su caso, a favor del otro cónyuge, la asignación del uso de la vivienda familiar, el régimen de administración de los bienes comunes y las medidas que fueran necesarias para asegurar o evitar el desplazamiento de los menores al extranjero.

Ahora bien: este sistema derivado del proceso cautelar civil tradicional y regulado conjuntamente por la legislación procesal y sustantiva, se vio alterado por la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que para empezar, atribuye la competencia objetiva de los procedimientos de familia en que aparezca un episodio de violencia de género a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que fueron creados también a través del mismo texto legal, que desde su carácter de Ley Orgánica, modificó también la Ley Orgánica del Poder Judicial en este sentido, creando al menos un Juzgado de Violencia sobre la Mujer en cada Partido judicial.

Así, cuando en un procedimiento de violencia sobre la mujer en que se estén investigando hechos delictivos que presuntamente hubiera cometido su esposo o el hombre que con ella formase pareja estable, se solicitase expresamente por la defensa de la mujer, o bien por parte del Ministerio Fiscal, la adopción de determinadas medidas cautelares concernientes al ámbito civil y del Derecho de familia, en consideración del principio de justicia rogada (artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el Juez de Violencia sobre la Mujer podrá acordar la adopción de un conjunto de medidas cautelares que revisten una mayor cantidad de formas diferentes a las que estrictamente pueden aparecer en un proceso de familia.

A tenor de la doble vertiente que estos Órganos judiciales tienen, civil y penal, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género contempla hasta un total de once medidas cautelares específicas que tienen la finalidad de proteger a la víctima, como también a los posibles hijos menores que pueda haber, ya que en definitiva, esto último es una obligación del Estado español, a tenor de sus compromisos internacionales expresados en la Convención Internacional de Derechos del Niño y, particularmente, su artículo 2.2, en cuanto a que los

estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares. Las medidas procesales-penales de protección contempladas por la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género pretenden a las mujeres pro el mismo hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión³¹⁸, tratándose de una norma que pretende combatir la violencia de género no de forma integral y en cualquier ámbito o circunstancia, sino únicamente en el ámbito familiar.

En esencia, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género regula un conjunto de medidas cautelares y de reformas del Código penal, que fueron puestas en tela de juicio, respecto de la constitucionalidad de las penas que se aplicarían desde su entrada en vigor, por ejemplo en lo previsto en el artículo 153 del Código penal. Para dicha norma, no tendrá igual penalidad la lesión causada a quien haya sido o sea esposa o mujer ligada al agresor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, que la lesión causada a personas diferentes, incluidos los cónyuges o convivientes en los ámbitos de las parejas homoparentales. Este asunto fue resuelto por el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia de 14 de mayo de 2008³¹⁹, a resultas de cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Murcia. Los argumentos de constitucionalidad fueron esencialmente dos: el primero, consistente en que la diferencia de trato que la Ley establece cuando aplica penas más graves a la violencia de género supone una diferenciación legítima, siendo funcional a dicha finalidad, sin generar consecuencias desproporcionadas. El segundo de los argumentos se basa en que se debe entender que el Tribunal no presume un mayor desvalor en la conducta del varón que agrede a su esposa o pareja femenina, sino que la agresión en sí tiene como una de sus características la de tener un significado objetivo como

³¹⁸ Fuentes Soriano, Olga: *El enjuiciamiento de la violencia de género*; Ed. Iustel. Madrid, 2009. Página. 19.

³¹⁹ En goo.gl/kukmrC, a 24/03/2017

reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer, por parte de su marido o compañero. Asimismo, el autor del tipo penal, con su conducta en una pauta cultural generadora de daños a sus víctimas se reviste de un plus de gravedad, de una violencia mayor de lo que su acto expresa objetivamente³²⁰. Estas medidas son en concreto las que siguen:

2.2.2.14.1 La orden de protección:

La orden de protección es la resolución judicial dictada en el curso de procesos penales en tramitación, seguidos por la comisión de delitos de violencia contra la mujer o de género en que exista una situación objetiva de riesgo para la víctima. En esta orden de protección se podrán adoptar medidas civiles y/o penales, o bien tendentes al inicio de un proceso administrativo relativo a la adopción de medias de asistencia y protección social. En definitiva, estamos ante una resolución judicial que obligará a la coordinación de diversos servicios del Estado (policiales, administrativos-servicios sociales/asistenciales) y también a la necesidad de dedicación de recursos al efecto. Su regulación viene determinada por el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fue introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, debiendo su actual previsión al artículo 62 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La resolución deberá adoptarse mediante la fórmula de Auto, por el Juzgado de Violencia sobre la mujer, teniendo esta orden tanto carácter penal, como también puede tener carácter civil, no pudiendo en este segundo caso dictarse la orden por parte de un Juzgado de Primera Instancia. Esta orden tendrá que estar debidamente motivada por parte del Juzgado (antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y parte dispositiva). Para su adopción, deberá respetarse el principio de contradicción, con la asistencia del Ministerio Fiscal, de la acusación particular en caso de existir y la defensa del investigado. Como ya se

³²⁰ Fuentes Soriano, Olga: op.cit., *Página*. 51-53.

ha apuntado, la finalidad de adoptar esta medida radica en la evitación de situaciones de riesgo para la víctima, así como la posible reincidencia inmediata del agresor. Asimismo, no debe olvidarse que la orden de protección constituye una medida cautelar, sufragánea de un proceso penal principal. En consecuencia, la medida cautelar tendrá una duración temporal de treinta días y solo se verán ampliadas temporalmente en el caso de que se presente la demanda de nulidad, separación o divorcio que corresponda). Este aspecto temporal deberá tenerse presente también porque también podrá darse la modificación de las circunstancias que obligaron a su adopción, o bien el hecho de que concurran otros requisitos (como por ejemplo, que se hubiera presentado o no demanda en el orden civil, si en la orden de protección se hubieran incluido medidas civiles) pudiendo llevar a que la orden de protección deba ser modificada o dejada sin efecto, sin perjuicio, claro está, de que la sentencia definitiva reitere las medidas de la orden de protección, o bien mantener su vigencia en el supuesto de interposición de recursos contra la sentencia dictada, según dispone el artículo 69 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Asimismo, debe recordarse que para la adopción de medidas de carácter civil regirá lo dispuesto por el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto al principio de justicia rogada. En consecuencia, cualquier modificación de las medidas civiles, deberá ser adoptarse a instancia de parte, siempre que no se trate de medidas civiles relativas a los hijos menores, puesto que en tal caso sí pueden ser adoptadas de oficio, según el artículo 544 ter 7º y 505.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Evidentemente, se está haciendo referencia a la fase de instrucción del procedimiento penal por violencia de género, lo cual hace que el agresor no cuente todavía en este momento con antecedentes penales, por no existir una sentencia firme de condena anterior. Ahora bien, es importante la introducción llevada a cabo por el Consejo de Ministros, mediante el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo (BOE de 25 de marzo de 2004), que crea el Registro Central de Violencia contra la mujer, previsto por el apartado 10 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este Registro no sólo se anotará el resultado de los procesos por violencia contra la mujer, sino también dos elementos previos realmente importantes en estos procesos: el primero, la existencia misma del procedimiento; y el segundo, el contenido de aquellas medidas cautelares-órdenes de

protección que se hubieran acordado, con expresa mención al Órgano judicial que las adoptó, como también a la identificación de las partes. Y es importante su existencia, ya que el acceso al mismo lo tienen los Órganos judiciales, el Ministerio fiscal y la policía judicial, con lo que se obtiene con ello una clara inmediatez en el uso de estos datos por parte de la maquinaria del Estado para lograr la efectiva protección de la víctima de hechos anteriores o bien futuros.

En tanto que la orden de protección constituye una medida cautelar en el proceso penal por violencia contra la mujer, los requisitos para poder adoptarla serán los que se predicen de toda medida cautelar:

1.- *Fumus boni iuri*: el Juez deberá valorar la existencia de suficientes indicios que se refieran a delitos o faltas contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, o bien delitos tipificados por el artículo 173.2 del Código Penal, cometidos por el investigado.

2.- *Periculum in mora*: existencia de valoración objetiva de riesgo de reiteración de hecho/s delictivo/s sobre la víctima, por parte del investigado, en caso de no adoptarse la medida. Este riesgo será evidente cuando ya existan lesiones objetivadas en los autos, ante supuestos de delitos flagrantes, o bien si se ha aportado prueba testifical que acredite la versión de la víctima del hecho. Por tal motivo, será esencial que el atestado policial esté bien confeccionado (con material fotográfico de las lesiones, toma de declaración previa a la víctima, agresor y a terceros, inclusión de partes de lesiones)

3.- Motivación: la adopción de la orden de protección implicará la privación de derechos (en mayor o menor grado) al investigado, por lo que la resolución deberá explicar qué motivos son los básicos para entender que existe una situación objetiva de riesgo, al constituir este elemento la base de la orden de protección. Asimismo, la denegación de la orden de protección obligará también a motivar la resolución y a exponer por qué no existe el riesgo objetivo en el caso, por lo que no sería posible que la orden de protección se adoptase o denegase con fundamentos genéricos que fueran útiles a otras situaciones similares, sino que el Juez deberá pormenorizar obligatoriamente su motivación, a fin de evitar la nulidad de su resolución.

La legitimación para solicitar la orden de protección tendrá una gran amplitud, a tenor de lo dispuesto por el artículo 61.2 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y del artículo 544 ter.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, las personas legitimadas podrán ser:

1.- El Juez de Violencia sobre la Mujer, de oficio. En este caso, debe advertirse que será posible la adopción de la medida incluso inaudita parte, a pesar de que por parte del Juzgado se deba convocar a las partes a una comparecencia urgente que garantice la contradicción. Tan sólo será posible la adopción de medidas de carácter penal (como en el caso de la prisión provisional, por ejemplo), pero no así en el caso de medidas de carácter civil, que deberán regirse por el principio de justicia rogada (artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), a excepción de que las mismas se refieran a menores (artículo 158 del Código civil).

2.- A instancia de parte. La víctima o la persona que tenga con ella alguna de las relaciones mencionadas por el artículo 173.2 del Código Penal (por tanto, cónyuge, pareja homosexual, ascendientes, descendientes, hermanos, menores o incapaces sujetos a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento, guarda de hecho del agresor o cónyuge o conviviente, persona amparada en cualquier otra relación que la integre en el núcleo de convivencia del agresor y personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. En tal sentido, la medida de protección se podrá acordar a favor de la víctima y también de aquellas personas que convivan con la misma en las relaciones antes mencionadas. Rige también en este caso lo ya expresado en el apartado anterior, con relación a las medidas civiles. Es necesario tener presente en este punto que si la víctima lo es una mujer extranjera, la misma tendrá efectividad en España, teniendo que verse en concreto qué sucede en cuanto a la procedencia de la persona y la legislación que tenga su país de origen. En estos casos y con respecto a las medidas civiles, debe recordarse el contenido del artículo 107 del Código Penal, que permitiría incluso el divorcio de la mujer extranjera, incluso en supuestos en que su legislación civil aplicable no contemplase su ejercicio, o bien lo hiciera de forma discriminatoria para la mujer.

3.- A instancia del Ministerio Fiscal. Tal como dispone el artículo 124 de la Constitución, el Ministerio Fiscal tiene encomendada la promoción de la acción de la justicia y de velar por la protección de la víctima y perjudicados. Dentro de esta esfera de actuación, la Fiscalía podrá solicitar la adopción de orden de protección cuando se aprecie la existencia de indicios de delito y situaciones de riesgo, o bien incluso oponerse a la adopción de las medidas cuando lo solicite la víctima, en el caso de entender que no concurren sus requisitos.

4.- A instancia de la acción popular. Los delitos de violencia contra la mujer son delitos públicos y, por tal motivo, la acción popular está también legitimada en estos casos para el ejercicio de la acción penal, tal como prevé la Constitución en sus artículo 125 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 270.I y 761.

La tramitación de la orden de protección se deberá iniciar a través de comparecencia ante Órganos policiales, siendo muy recomendable que la víctima cuente con asesoramiento letrado, que le permita conocer sus derechos desde el inicio del proceso y también le haga conocer la posibilidad de solicitar ella misma la orden de protección, así como el contenido que ésta puede tener. Asimismo y aunque los diferentes cuerpos policiales del Estado han ido formando a sus Agentes para la tramitación de atestados por violencia de género, es también conveniente que las declaraciones o pruebas documentales que se incluyan (fotografías, partes médicos, evaluación de daños) se puedan aportar adecuadamente al atestado y en el mismo puedan constar todos estos elementos que podrán garantizar la efectividad del derecho de la víctima. Una vez concluido el atestado, será remitido con urgencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que incoará el correspondiente proceso penal en que citará a las partes a una audiencia urgente, con sumariidad y preferencia, en el plazo de setenta y dos horas (artículo 544.ter 4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en que, con audiencia de las partes, inmediateción y contradicción, se podrá decidir si se convoca de inmediato la audiencia sobre situación personal del agresor (artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o bien si se incoa el correspondiente juicio de enjuiciamiento de delitos leves o juicio rápido, resultando posible que esta comparecencia se celebre *inaudita parte*, siempre considerando excepcional esta posibilidad. En esta

comparecencia se podrán practicar las pruebas de interrogatorio del investigado y declaración de la víctima, siendo posible si resulta pertinente el interrogatorio de testigos, así como la prueba pericial médico-forense o pericial psicológico-forense. El valor de esta declaración de la víctima, como única prueba de cargo, se ha convertido en muchos casos en la base de la incriminación del autor del delito y ello se ve amparado por el propio Tribunal Supremo.

Una vez dictado el Auto que acuerde la medida de protección, su ejecución se dejará en manos de los cuerpos policiales, quienes deberán tener en consideración a través de la Oficina de Atención a la Víctima cuál va siendo el cumplimiento de la orden de protección y deberán por ello instruir a la víctima de las consecuencias que puede acarrear el quebrantamiento de la orden judicial.

Los recursos contra el Auto que recoja la orden de protección podrán interponerse por la parte que se considere perjudicada por su contenido, cabiendo reforma contra el mismo y apelación contra su desestimación, o bien apelación directa contra el Auto en cuestión. El recurso de apelación se tramitará, según se advirtió al inicio del estudio del orden penal, por parte de secciones de la Audiencia provincial correspondiente, especializadas en violencia sobre la mujer.

2.2.2.14.2. La orden de alejamiento:

La orden de alejamiento es una de las posibles medidas cautelares en los procesos de violencia de género, que supone que el agresor está obligado por una orden judicial a distanciarse de su víctima para asegurar con ello la integridad física o moral de ésta. No sólo se puede encontrar como contenido de una medida cautelar (artículo 544 bise la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino que también podrá constituir parte de una pena acordada por sentencia definitiva, tal como prevén los artículos 57, 101 a 105.1 g del Código penal. Su previsión radica en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pudiendo suponer la prohibición de acercamiento a la víctima o bien a otras personas que indique el Juez, la prohibición de acudir a determinados

lugares, la orden de abandono del domicilio familiar y/o la suspensión de todo tipo de comunicación de agresor con su víctima.

El alcance de la orden de alejamiento la hace aplicable tanto a delitos como a delitos leves (artículo 61 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), por lo que la orden de alejamiento puede ser parte o no de una orden de protección.

Los presupuestos de adopción de la orden de alejamiento serán éstos:

1.- *Fumus bonis iuris*: existencia de indicios fundados de que existen actos que constituyen violencia de género.

2.- *Periculum in mora*: Existencia de un riesgo objetivo para la víctima, siendo básico que estas circunstancias de riesgo se vean recogidas claramente en la orden de protección.

3.- Adopción *inadudita parte*, que será posible, siempre que en la correspondiente comparecencia se encuentre personado el Ministerio Fiscal, incluso en el supuesto de inasistencia del acusado.

4.- Temporalidad de la medida: Si bien a este respecto nada indican los artículos 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o bien el artículo 64 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sí es necesario contemplar lo que dispone el artículo 57 del Código Penal, cuando limita la duración de penas y medidas cautelares en función de la gravedad del hecho delictivo.

En su aplicación, es necesario también recordar que el alejamiento del agresor puede ser controlado a través de medios técnicos que podrían facilitar el control del cumplimiento o incumplimiento de la orden de alejamiento. En tal caso, es conveniente que estos medios puedan ser utilizados de forma adecuada y efectiva y que al mismo tiempo tengan acreditada su fiabilidad, de forma que no pueda discutirse o argumentarse que los mismos plantean fallos de funcionamiento, sin más. Asimismo, sería conveniente que sea el agresor y no la víctima quien deba soportar su uso: no es lógico imponer una carga a la víctima de tener que llevar consigo un teléfono móvil especial o un detector, pero sin

embargo sí lo es en el caso del agresor, si se le acopla a su cuerpo un detector GPS o bien un sistema equivalente, siempre que la medida fuera debidamente razonada e incluida en el texto de la orden judicial.

c) Suspensión de las comunicaciones, salida del domicilio y prohibición de retorno al lugar de comisión del delito (artículo 64 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

2.2.2.14.3. Detención (artículos 13 y 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2.2.2.14.4. Prisión provisional (artículos 502 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2.2.2.14.5. Suspensión del derecho a la tenencia y uso de armas (artículo 67 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

2.2.2.14.6. Medidas cautelares Civiles en el proceso de violencia sobre la mujer.

Junto con el conjunto de medidas cautelares penales que se acaban de analizar, el Juzgado de Violencia contra la Mujer puede adoptar también otras medidas de protección de carácter civil, que contarán con una duración temporal de treinta días desde su adopción y sólo en el caso de que fuera presentada la oportuna demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, se ampliaría dicho plazo a otros treinta días más. Estas medidas pueden tener como beneficiarios a la víctima, o bien a los hijos menores, siendo necesario en este último caso que se conceda audiencia a los mismos, de forma que en legislaciones civiles forales, como en el caso de Cataluña, deberán ser oídos en el supuesto de que sean mayores de doce años de edad. Asimismo, estas medidas son accesorias al proceso penal y son adoptadas exclusivamente por el hecho de existir una situación de riesgo y urgencia para la víctima. Las medidas cautelares civiles que podrán adoptarse son las siguientes:

2.2.2.14.6.1. Suspensión de la patria potestad

Esta medida supone una de las más graves sanciones que el ordenamiento jurídico ofrece para los progenitores, en casos en que se hubieran dado circunstancias gravísimas en el cumplimiento de los deberes paternofiliales (comisión de delitos graves contra los hijos, comisión de hechos muy perjudiciales para los hijos). Se trata de suspensión de la patria potestad y no de su privación (artículo 65 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). En este sentido, dado lo excepcional de la medida, se deberá valorar con cautela la adopción de la misma y también cuál es la conducta del agresor con respecto de los hijos y no sólo de la víctima.

2.2.2.14.6.2. Suspensión del régimen de visitas

Al hilo de la anterior medida civil, la suspensión del régimen de visitas paternofilial se contempla por el artículo 66 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y obliga también a la valoración pormenorizada de las circunstancias del agresor con sus hijos, dado que el derecho de visitas paternofilial que se genera a través de un proceso de familia, no es sólo un derecho del padre, sino también un deber, tal como así la Jurisprudencia lo viene reconociendo. En todo caso, en estos supuestos pueden jugar un papel importante los puntos de encuentro que llegan a tener incluso papel de asesoramiento técnico a los Juzgados de Familia por sí mismos, como sucede en el caso de Cataluña³²¹.

³²¹ Decreto 357/2011, de 21 de junio, de los servicios técnicos del punto de encuentro (D.O.G.C. 5906, de 23 de junio de 2011)

2.2.2.14.6.3. Prestación de alimentos

El deber de solidaridad en el seno de la familia es una de las obligaciones esenciales del núcleo familiar, que así se ve recogido por el Código civil y especificado en la existencia de una obligación de alimentos a favor de los hijos y del cónyuge. En este sentido, deberá estarse a lo que constituyan las necesidades del alimentista, a la hora de determinar la posible fijación de una pensión de alimentos en sede de medidas cautelares, siendo éste el criterio básico que la jurisprudencia en la materia ha venido indicando, ante el silencio que guarda la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género respecto de la cuantía que podría establecerse.

2.2.2.14.6.4. Arrendamiento y permuta de la vivienda

El Juzgado podrá también ordenar que la vivienda sea gestionada por entidades autorizadas para el arrendamiento o la permuta de la misma, haciendo que la víctima no se obligada a residir en la misma vivienda que residió con su agresor, quedando por ello fuera del control del mismo. En este caso podrían producirse dudas sobre la competencia territorial, si la víctima se traslada a un partido judicial distinto, según pudo verse en páginas anteriores.

2.2.2.14.6.5. Medidas asistenciales o sociales

La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece que es la Administración y la Oficina de Atención a la víctima quienes deberán dar respuesta a la mujer en estos casos, quedando siempre libre el Juez de requerir a las mismas su intervención en el caso concreto.

2.2.2.14.6.6. Medidas anexas a las anteriores

Otras medidas anexas y que pueden hacer que la seguridad de la víctima se haga más efectiva pueden pasar por ejemplo, por la obligatoria comparecencia *apud acta* del agresor ante un equipo técnico de valoración y/o tratamiento; la revocación cautelar de poderes otorgados recíprocamente con la víctima (artículo 102 del Código Civil); la obligación de residencia del agresor en un determinado lugar; la orden de protección de testigos; la retención del pasaporte de los hijos menores, en el caso de personas extranjeras, para evitar una huida del país con éstos.

2.2.2.14.6.7. El eventual quebrantamiento de las medidas cautelares, por parte del investigado

Una vez vistas las diferentes medidas cautelares que pueden ser adoptadas en un procedimiento de violencia contra la mujer, cabrá preguntarse qué consecuencias tendrá el quebrantamiento de las mismas por parte del presunto agresor.

Un último aspecto que merece ser tratado en cuanto a las medidas cautelares en procesos de violencia contra la mujer obliga a hacer mención del posible quebrantamiento de la medida cautelar impuesta por el Juzgado de Violencia contra la Mujer, ya que el artículo 468 del Código penal tipifica como delito el quebrantamiento tanto de la condena, sino también de las medidas cautelares que se pudieran haber impuesto al autor de los hechos, la pena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, la conducción o la custodia, o bien inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubiern sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de Seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto funcionamiento.

Así, tanto si la prohibición de comunicar o acercamiento a la víctima proviene de una medida cautelar, o bien del contenido mismo de una sentencia condenatoria, esto supondrá la incoación de un nuevo proceso penal, ajustado necesariamente a las normas reguladoras de las diligencias previas, pues no cabrá hablar de falta en estos casos. Se derivará, por consiguiente, el procedimiento para dilucidar la situación personal del investigado (arts. 503, 505 y 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de forma que las partes en el proceso de violencia sobre la mujer podrán en este caso conocer las nuevas medidas que se deriven de dicha comparecencia, pudiendo interesar cuestiones diferentes o alternativas.

Un problema frecuente en la práctica forense radica en que este eventual quebrantamiento de la medida cautelar o definitiva puede estar contando con la intervención de la víctima misma. En este caso, es necesario considerar que el delito de quebrantamiento de condena vería incluidos entre sus autores precisamente a la víctima del delito con cuya medida cautelar se pretendía su seguridad. Por este motivo, es habitual también que las órdenes de protección o alejamiento incluyan además del apercibimiento al agresor, un claro apercibimiento a la víctima en tal sentido. Otra cosa sería que la propia víctima, una vez adoptada la medida por el Juzgado, solicite que la misma quede sin efecto. En el supuesto de que la medida proviniese de una medida cautelar, nada impide que por parte del Juez y previa audiencia de las partes, se pueda dejar ésta sin efecto, con la correspondiente cancelación de la anotación llevada a cabo en el Registro Central de Violencia contra la mujer. Otra situación distinta aparecerá cuando la medida de alejamiento no provenga de una medida cautelar, sino de una pena, ya que en este caso, la cuestión del alzamiento de la decisión constituirá una cuestión de orden público, quedando fuera de la disposición de las partes. En este supuesto, el quebrantamiento de la condena supondría la incoación de un nuevo proceso penal contra el previamente condenado, agravándose su situación personal y perdiendo la posible suspensión de la condena anterior.

En relación a la ejecución de la sentencia firme dictada en los procesos penales de violencia contra la mujer, cabrá hablar de la posible sustitución de penas privativas de libertad, que supondrán varias posibilidades: la primera, la sustitución obligatoria por multa

o trabajos en beneficio de la comunidad, cuando se trate de una condena inferior a tres meses de privación de libertad (artículo 71.2 del Código Penal). La segunda, consistente en la sustitución facultativa que se prevé por el artículo 88 del Código Penal, que distingue entre aquellas penas privativas de libertad no superiores a un año (también sustituibles por multa o trabajos en beneficios de la comunidad, si las circunstancias lo aconsejan y siempre que no se trate de reos habituales), o superiores al año e inferiores a los dos años, cabiendo la misma sustitución, siempre que el Juzgado ejecutor considere que la entrada en prisión podría frustrar los fines preventivos y de reinserción y siempre que tampoco se trate de un reo habitual. Ahora bien: en los supuestos de sustitución que se acaban de ver, el Juez estará obligado a imponer al penado dos obligaciones adicionales: la primera que se someta a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la segunda, que tendrá la prohibición de acudir a lugares concretos y la prohibición de aproximación a la víctima o sus familiares, o bien la comunicación con éstos.

Un caso particular en cuanto a la ejecución de sentencias dictadas en procesos penales por violencia contra la mujer lo constituye el hecho de que el autor del mismo sea un ciudadano extranjero, sin permiso de residencia en España. Así, al amparo del artículo 89.1 del Código Penal, la pena privativa de libertad inferior a seis años podrá ser sustituida por la expulsión del territorio nacional, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del condenado. Ahora bien: en el caso de que el extranjero condenado disfrute un permiso de residencia en España, entrará en juego el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, según la cual, los permisos de residencia se podrán renovar exclusivamente cuando el beneficiario no tenga antecedentes penales en España y, asimismo, será imposible al extranjero con residencia legal en España la solicitud del reconocimiento de la nacionalidad española, al ser indispensable para el extranjero solicitante carecer de antecedentes penales en España (artículo 22.4 del Código civil). Evidentemente, la posible sustitución de pena privativa de libertad, por trabajos en beneficio de la comunidad deberá ser consentida por el penado, en consideración del contenido del artículo 25 de la Constitución Española.

2.2.3. EL DEBATE EN TORNO A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO HOMOPARENTAL EN ESPAÑA

Al igual que en otros períodos históricos (si bien éstos fueron de extrema brevedad), el Estado Español se ha puesto al lado de la vanguardia de países que han reconocido a las personas homosexuales el derecho a formar una familia matrimonial, reconociendo con ello la total igualdad jurídica a una pareja heterosexual que contrae matrimonio y una pareja homosexual que se casa. Como bien apunta Marcos Pardini³²², “Hablar de historia de los derechos de los homosexuales en España es hablar de la historia de España. De la historia de un país acostumbrado a los vaivenes abruptos donde,... la historia de la homosexualidad en España es también una historia de sobresaltos... cuyo primer hito podría colocarse frente a una cuneta de Granada, el 18 de agosto de 1936, al mes de dar comienzo la Guerra Civil. Allí fue fusilado el poeta Federico García Lorca, “porque no era más que un intelectual rojo, amigo de rojos y además marica”³²³

En la actualidad, son numerosísimas las voces que recriminan al colectivo homosexual que reclame “derechos”, entendiendo que la Ley 13/2005, de 2 de julio, de modificación del Código Civil, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, constituye una concesión máxima y definitiva de derechos por parte del Estado, al haberse aprobado por la mencionada Ley el “matrimonio homosexual”. En primer lugar y como ya se manifestó anteriormente, el matrimonio, como institución jurídica regulada por nuestro Código Civil, no reviste un carácter ni heterosexual, ni homosexual, sino que en todo caso, a través de la modificación de la mencionada Ley 13/2005, sí podría hacerse mención de un matrimonio igualitario, que no discrimina a las personas en función de con quién deseen contraer matrimonio.

³²² Pardini, Marcos.: El fin de la homofobia. Derecho a ser libres para amar. Fundación internacional Baltasar Garzón y Editorial La catarata. Madrid, 2016. Páginas 60 y 61.

³²³ Según cita Pardiñas (op.cit), *El asesinato de García Lorca: reconstrucción de un crimen*, en Portal Poesía Versoados, 2003, en www://goo.gl/KUHsdZ

Aun así, prueba de que la sociedad española y, en concreto, buena parte de las clases dirigentes o, al menos, influyentes, en todo caso toleran³²⁴, pero no respetan³²⁵, el significado del cambio legislativo operado en 2005, como una forma más de erradicación de la discriminación de las personas, como consecuencia de su orientación sexual, está más que puesto de relieve. Valga como ejemplo el comentario introductorio que en un manual de los muy habituales para estudiantes de la asignatura de Derecho Civil se lleva a cabo y es muestra del sentir de buena parte de la intimidad ideológica de la doctrina civilista española más extendida: “...Y siendo así que posteriormente la Ley de 1 de julio de 2005 ha venido a admitir el matrimonio de dos personas del mismo sexo, resulta que sólo queda que sea también matrimonio (disoluble, por supuesto) la unión de hombre y cabra. (...) En cuanto a los fines que se aspira (...) a llenar con la plena comunidad de vida que el matrimonio instaura entre los casados, son los de ayudarse y complementarse espiritual y corporalmente, y posiblemente tener hijos y educarlos. Sin descartar que los matrimonios homosexuales puedan perseguir el fin de, además de hacer lo que todos imaginamos, jugar los esposos a las cartas”³²⁶.

A través de una tan irrespetuosa como homófoba reflexión, el autor no sólo se atreve a juzgar moral y negativamente las relaciones sexuales homosexuales, sino que además compara (o más bien iguala) una relación sexual humana homosexual y entre adultos que la consienten, con prácticas sexuales zoofílicas, sin que por ello se hayan levantado las numerosas voces discrepantes que sí habrían protestado duramente ante otros tipos de discriminación de grupos sociales, sino que precisamente se evidencia lo que el

³²⁴ Las tres principales definiciones del verbo “tolerar” que ofrece el D.R.A.E., son:
1. tr. Llevar con paciencia;
2. tr. Permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente.
3. tr. Resistir, soportar, especialmente un alimento o una medicina.

³²⁵ La definición del verbo “respetar”, según el D.R.A.E., arroja dos acepciones:
1. tr. Tener respeto, veneración, acatamiento, y 2. tr. Tener miramiento (ll respeto, atención).

³²⁶ Albaladejo García, Manuel: *Compendio de Derecho Civil*, 14ª edición, Edisofer, S.L., Madrid, 2011, página 501

Daniel Borrillo entiende como banalización institucional de la homosexualidad, que niega o bien oculta la existencia de las personas homosexuales, en aras al “decoro” social³²⁷. En definitiva, tal como Octavio Salazar afirma, “No deberíamos olvidar que el verdadero reto es transformar una sociedad que continúa siendo homófoba –lo cual significa que es necesario cambiar el orden patriarcal que la sustenta-, y, para ello, habría que incidir especialmente en las políticas educativas y en todos los procesos socializadores del individuo. El patriarcado, del que es una característica singular la homofobia, es, por encima de todo, una cultura, con proyecciones en lo político, en lo jurídico y en todos los ámbitos sociales. Indudablemente el reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo puede ayudar a transformar patrones culturales, pero al mismo tiempo no podemos obviar que dicha opción asimilacionista supone insistir más en la igualdad como identidad que como reconocimiento de las diferencias”³²⁸.

No es difícil de imaginar y recordar qué ambiente se propició por los detractores de la reforma del Código Civil, desde que en el mismo debate de investidura del Presidente del Gobierno D. José Luis Rodríguez Zapatero, en abril de 2004, se advirtió que por parte del Gobierno existía la intención de acometer la reforma legal hacia el matrimonio igualitario. Fueron decenas las manifestaciones en prensa y de multitudes en las calles las que exigían al Gobierno que frenase su intención reformista, llegando incluso a escucharse desde el paroxismo declaraciones contrarias a la reforma que eran cercanas a un claro ridículo.

Así y de forma extraordinaria, el Presidente del Gobierno tomó la palabra justo antes de procederse a la votación del Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados, pronunciando un breve discurso para justificar la reforma y defendiendo sin complejos el contenido del nuevo texto legal: “*No estamos legislando, señorías, para gentes remotas y extrañas, estamos ampliando las oportunidades de felicidad para nuestros vecinos, para*

³²⁷ Borrillo, Daniel: *Homofobia*, La biblioteca del ciudadano, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2001.

³²⁸ Salazar Benítez, Octavio: *Derecho al Matrimonio y a la diversidad familiar*, Revista de Derecho Político de la U.N.E.D., N° 86, enero-abril 2013, página 215.

nuestros compañeros de trabajo, para nuestros amigos, para nuestros familiares y a la vez estamos construyendo un país más decente, porque una sociedad decente es aquella que no humilla a sus miembros ... no hay agresión ninguna al matrimonio ni a la familia en la posibilidad de que dos personas del mismo sexo se casen. Más bien al contrario, lo que hay es cauce para realizar la pretensión que tienen esas personas de ordenar sus vidas con arreglo a las normas y exigencias del matrimonio y de la familia. No hay una conculcación de la institución matrimonial, sino justamente lo opuesto: valoración y reconocimiento del matrimonio... Con la aprobación de este proyecto de ley nuestro país da un paso más en el camino de libertad y tolerancia que inició en la transición democrática. Nuestros hijos nos mirarían con incredulidad si relatamos que no hace tanto tiempo sus madres tenían menos derechos que sus padres, si les contamos que las personas debían seguir unidas en matrimonio aun por encima de su voluntad cuando ya no eran capaces de convivir. Hoy podemos ofrecerles una hermosa lección: cada derecho conquistado y cada libertad alcanzada han sido el fruto del esfuerzo y del sacrificio de muchas personas que hoy debemos reconocer enorgullecernos de ello. Hoy demostramos con esta ley que las sociedades pueden hacerse mejores a sí mismas, que pueden ensanchar las fronteras de la tolerancia hacer retroceder el espacio de la humillación y la infelicidad. Hoy, para muchos, llega aquel día que evocó Cavafis hace un siglo: Más tarde —decía—, en la sociedad más perfecta, algún otro hecho como yo ciertamente surgirá y actuará libremente”³²⁹.

Una vez aprobada la reforma legal por el Pleno del Congreso de los Diputados, el líder del Partido Popular anunció que su grupo interpondría recurso de inconstitucionalidad contra la nueva Ley, de forma que tres meses más tarde, el 30 de septiembre de 2005, se presentó el recurso anunciado ante el Tribunal Constitucional con la firma de setenta y dos diputados del Partido Popular, alegando expresamente en su recurso que la reforma aprobada constituía un *Grave error, cabe decir que histórico, de quienes han preferido la imposición legislativa en una cuestión tan compleja y de tan alta sensibilidad social,*

³²⁹ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 2005-103, de 30 de junio de 2005. Página. 5228

*provocando un innecesario y profundo desencuentro social y un grave e igualmente innecesario conflicto jurídico de naturaleza constitucional*³³⁰

El recurso entendía que la Ley de reforma del Código Civil conculcaba diversos preceptos constitucionales, comenzando por el mismísimo artículo 32, que se limita a advertir que el hombre y la mujer podrán contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, efectuando simplemente una de las habituales reservas de ley ordinaria, al afirmar el precepto en su apartado segundo que La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. Por consiguiente, en ningún momento se impone deber constitucional alguno en el sentido de que el matrimonio se deba ceñir al celebrado entre hombre y mujer, sino que únicamente se equipara a las personas (sean hombres o mujeres) en derechos y obligaciones, frente a la institución matrimonial.

No obstante, el Partido Popular consideró que la reforma legal infringía hasta un total de ocho preceptos constitucionales: 1) *Vulnera el artículo 32 de la Constitución por no respetar la definición constitucional del matrimonio como unión de un hombre y una mujer, contenida en dicho artículo 32. Lo infringe también por no respetar la garantía institucional del matrimonio reconocida por la Constitución.* 2) *Vulnera el artículo 10.2 de la Constitución, relativo a la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.* 3) *Vulnera el artículo 14 de la Constitución, en relación con los artículos 1.1 y 9.2 del mismo texto constitucional, relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual y su interpretación por el Tribunal Constitucional.* 4) *Vulnera el artículo 39 de la Constitución, en su apartados 1, 2 y 4 de la Constitución, relativos a la protección de la familia, protección integral de los hijos y protección de los niños.* 5) *Vulnera el artículo 53.1. De la Constitución, por no respetar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio reconocido en el artículo 32 de la Constitución.* 6) *Vulnera*

³³⁰ Texto íntegro del recurso de inconstitucionalidad de Partido Popular contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, publicado en goo.gl/8e6FZc, a 24/03/2017

*el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, por no respetar el principio de jerarquía normativa. 7) Vulnera el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, por no respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. 8) Vulnera el artículo 167 de la Constitución, relativo a la reforma constitucional*³³¹.

Este recurso de inconstitucionalidad tardó nada menos que siete años en obtener una respuesta del Tribunal Constitucional. España fue el tercer país europeo en reconocer el derecho al matrimonio de personas homosexuales, tras los Países Bajos y Bélgica. Durante los siete años posteriores a la aprobación de la ley, eran ya más de doce los Estados en el planeta los que siguieron los pasos de la legislación española. En la actualidad, son ya veintiún países los que lo admiten: Países Bajos³³², Bélgica³³³, España, Canadá³³⁴, Sudáfrica³³⁵, Noruega³³⁶, Suecia³³⁷, Portugal³³⁸, Islandia³³⁹, Argentina³⁴⁰, Dinamarca³⁴¹, Uruguay³⁴², Nueva Zelanda³⁴³, Francia³⁴⁴, Irlanda³⁴⁵, Brasil³⁴⁶, Colombia³⁴⁷, Méjico³⁴⁸,

³³¹ Extracto del fundamento de Derecho primero del recurso interpuesto por el Partido Popular.

³³² Ley de 21 de diciembre de 2000.

³³³ Ley de 13 de febrero de 2003.

³³⁴ Civil Marriage Act, de 20 de junio de 2005.

³³⁵ Ley de 17/2006, de 29 de noviembre.

³³⁶ Ley de 1 de enero de 2009.

³³⁷ Ley de 1 de mayo de 2009.

³³⁸ Ley 9/2010, de 31 de mayo.

³³⁹ Ley de 11 de junio de 2010.

³⁴⁰ Ley de 21 de julio de 2010.

³⁴¹ Convenio Nórdico sobre el Matrimonio, de 25 de noviembre de 2008.

³⁴² Ley 19075, de 9 de mayo de 2013.

³⁴³ Ley de 17 de abril de 2013.

³⁴⁴ Ley de 18 de mayo de 2013.

³⁴⁵ Ley de 23 de mayo de 2015.

³⁴⁶ Ley de 14 de mayo de 2013.

³⁴⁷ Mediante Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, de 28 de abril de 2016.

³⁴⁸ Ley de 20 de diciembre de 2009.

Estados Unidos³⁴⁹ y Puerto Rico³⁵⁰, Reino Unido³⁵¹ y muy recientemente, la República Federal de Alemania³⁵²

Durante los siete años que tardó el Tribunal Constitucional en resolver el recurso de inconstitucionalidad, veintidós mil parejas (es decir, cuarenta y cuatro mil personas) contrajeron matrimonio en España. En esos años, en que la reforma del Código Civil pendió de un hilo y situaba en la más absoluta incertidumbre cuál sería el futuro tanto del derecho de dos personas de un mismo sexo a contraer matrimonio, como el porvenir de aquellos matrimonios que entre 2005 y 2012 se fueron celebrando, generando un sinnúmero de especulaciones: si la Sentencia hubiera estimado el recurso y, con ello, hubiera declarado la inconstitucionalidad de la Ley, ¿serían por ello declarados nulos los matrimonios celebrados? ¿Serían válidos, en tanto no se vieran extinguidos por las causas legales? Evidentemente, la primera posibilidad habría conducido a una situación parecida a la que se vio anteriormente, ocurrida tras la Guerra Civil, cuando fue aprobada la Ley de 23 de septiembre de 1939, que dejaba sin efecto la Ley de Divorcio de la Segunda República, que declaró nulos los matrimonios celebrados por personas divorciadas en virtud de procesos judiciales iniciados al amparo de la legislación republicana, declarando así rehabilitados los matrimonios que se suponía disueltos por sentencia de divorcio, dejando con ello fuera de la Ley tanto al matrimonio posterior, como sus lógicas consecuencias: determinación de filiaciones, derechos hereditarios y otros derivados

Seguidamente se deberán analizar varios aspectos, como el contenido de la propia Ley 13/2005, de 1 de julio, el derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual en relación al matrimonio, el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Partido

³⁴⁹ En Massachussets, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire, Washington D.C. y Nueva York.

³⁵⁰ Mediante Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, de 26 de junio de 2015.

³⁵¹ Ley de 17 de julio de 2013.

³⁵² Ley de 30 de junio de 2017.

Popular, la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre³⁵³ y el punto de vista constitucional que en otros países se ha planteado.

2.2.3.1. El derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual y el derecho a contraer matrimonio

Si por algo se caracterizó el período de 2004 a 2008 en el ámbito político español, fue por la gran cantidad de ataques al Gobierno durante esa Legislatura, basados en dos críticas concretas: la de la reforma llevada a cabo en el Código penal, para la configuración jurídica en materia de aborto por un lado, y la de la reforma propiciada en la previa campaña electoral del Partido Socialista Obrero Español, en el discurso de investidura del Presidente del Gobierno y en la aprobación de la Ley 13/2015, de 1 de julio, de reforma del Código civil, en que la Iglesia Católica española y los sectores más conservadores de la oposición, afines al Partido Popular, centraron sus más virulentos ataques, convocando un sinnúmero de manifestaciones y actos de protesta en las grandes ciudades del país.

En el fondo, estas grandes críticas políticas se podían ver reconducidas a dos cuestiones básicas: la primera, centrada en que el matrimonio era por definición una institución únicamente heterosexual, motivo por el cual, las uniones de personas de un mismo sexo podrían ser entendidas como una institución nueva, pero diferente al matrimonio y para muchos, ajena al Derecho de familia, dado que según estos puntos de vista críticos, se mantenía el postulado de parte de los legisladores catalanes en 1998, al aprobarse el Código de Familia y la Ley de Uniones Estables de Pareja³⁵⁴. Esta visión centrada en la heterosexualidad del matrimonio sólo se podría entender defendible desde

³⁵³ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO 286, de 28 de noviembre de 2012, páginas 186-219.

³⁵⁴ La aprobación de ambos textos legales partió inicialmente de un único texto, regulador del Derecho de familia en Cataluña, en que una disposición adicional de la Ley que aprobaría el Código de Familia daría regulación a las parejas estables. No obstante, ante la oposición de buena parte de Unió Democràtica de Catalunya, partido coaligado con Convergència Democràtica de Catalunya, gobernantes en Cataluña en 1998, se optó por la duplicidad en la regulación: familia por un lado y parejas estables por otro, desde la convicción de que la pareja estable era ajena a la institución familiar.

posiciones morales o bien religiosas, vinculando así un trinomio matrimonio/heterosexualidad/procreación, cuya extensión a las parejas homosexuales sin más elaboración, supondría contradecir por ejemplo, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que se refiere al matrimonio en términos estrictamente impersonales, sin referirse a una hipotética heterosexualidad de la institución, sin referirse en ningún momento a quiénes han de ser los contrayentes³⁵⁵: *Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.*

No obstante, el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial, en sendos informes relativos a la reforma del Código civil, entendían que efectivamente la heterosexualidad era el elemento esencial del matrimonio, según así lo había definido el Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 32 de la Constitución, en su Auto 222/1994, de 11 de julio, que a su vez confirmaba la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 1991, o bien por la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de enero de 1988. En este sentido, Nicolás Pérez Cánovas advierte que “la defensa del requisito de la heterosexualidad en el matrimonio, consciente o inconscientemente, sólo es reconducible al argumento, científicamente refutado, de que las relaciones homosexuales son relaciones “contra natura”, al excluir por hipótesis la procreación”³⁵⁶, por lo que resulta indiscutible que tras la crítica a la Ley 13/2005, no sólo se esconden planteamientos morales, religiosos e ideológicos muy concretos, sino que como apunta Octavio Salazar, tras estas posiciones contrarias a la reforma “está presente una concepción que nos remite a la construcción de los géneros propia del patriarcado. Desde el momento en que se la heterosexualidad se convierte en ingrediente esencial del matrimonio, y de ello deducimos que su razón última es la procreación (ex canon 1.096 C.I.C.), se está defendiendo un determinado papel de los hombres y de las mujeres así como una determinada

³⁵⁵ Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403

³⁵⁶ Pérez Cánovas, N. *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Editorial Comares, página 130, Granada, 1996, páginas 119 y 120.

configuración de los espacios privados”³⁵⁷. Este punto de vista también lo pone en tela de juicio Luis M^a Díez-Picazo, que sostiene que “en los últimos decenios la perpetuación de la especie ha dejado de depender exclusivamente del acto sexual entre hombre y mujer. Una vez que la reproducción humana es posible por otras vías, no es de extrañar –cualquiera que sea la valoración moral que a cada uno le merezca- que la ancestral exigencia de diversidad entre los cónyuges se tambalee”³⁵⁸

En este sentido, es más que curioso que en el momento en que aparece la homosexualidad de las personas frente a la institución matrimonial, la gran mayoría de juristas se han envuelto en argumentos de pretendida ética, moral o biología, resucitando las visiones sobre las personas homosexuales que las tachaban de enfermos, pecadores, inmorales o contrarios a la sociedad y a la especie humana. Así, para aquellos que en su momento defendieron el matrimonio igualitario en el momento en que su regulación se gestaba en España y como afirma Octavio Salazar, “es más ajustado a la dignidad y a la autonomía del individuo entender que el matrimonio es un cauce jurídico que garantiza derechos y obligaciones en condiciones de igualdad pero también, principalmente, una proyección del libre desarrollo de la afectividad y de la sexualidad. Es decir, la clave para defender la constitucionalidad de la reforma de nuestra legislación civil estaría en la vinculación del matrimonio con el libre desarrollo de la personalidad o, dicho de otra manera, en su concepción más que como “garantía institucional”, como “derechosubjetivo”³⁵⁹, siendo éste el punto de vista que finalmente utilizó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 198/2012, al declarar ajustada a la Constitución la reforma llevada a cabo por la Ley 13/20105.

En definitiva, no puede negarse que se ha producido un gran cambio en la concepción del concepto de matrimonio en las últimas décadas, partiéndose por el Tribunal

³⁵⁷ Salazar Benítez, Octavio; *Derecho al matrimonio y diversidad familiar*, Revista de Derecho Político de la UNED, n° 86, enero-abril 2013, página 199.

³⁵⁸ Díez Picazo, L.M^a, En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo, InDret., Revista para el análisis del Derecho , n° 2, 2007, página 8 (en www.indret.com, 2-10-2011)

³⁵⁹ Salazar Benítez, Octavio; Op. Cit., páginas 199-200.

Europeo de Derechos Humanos, de una interpretación de la institución como la formada solamente por personas del mismo sexo³⁶⁰, si bien casi de inmediato no negó la necesaria adecuación del matrimonio a la realidad científico-social, entendiendo necesaria y conveniente la revisión³⁶¹. Fue definitivamente desde la Sentencia de 11 de julio de 2002 (caso Goodwin c. Reino Unido) cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en que respecto de las personas transexuales se ofrece una visión dinámica del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al entender que no es el punto de vista cromosómico el que ha de determinar la identidad sexual de la persona. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dejó en manos de los Estados, mediante su Sentencia de 15 de marzo de 2012 (Gaset-Dubois c. Francia), la regulación del matrimonio, entendiendo que la misma es competencia de cada uno de ellos. En su caso, el Parlamento Europeo fue mucho más allá³⁶², en su Resolución de 8 de febrero de 1994, al solicitar a los Estados miembros el fin “*a la prohibición a contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales*”, recomendando por ello la garantía de plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de su convivencia.

Consecuentemente, a nivel jurídico es indudable que existía previamente a la tramitación y aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, un conjunto de antecedentes más que importante en nuestro entorno legal y jurisprudencial que no convertía en algo extraño o sorprendente que el partido del Gobierno hubiera propuesto en su programa electoral, el Presidente del Gobierno lo hubiera incluido en su programa de investidura y finalmente las Cortes Generales pudieran dar trámite y aprobasen la modificación del Código Civil, aun provocando con todo ello la reacción más virulenta de los sectores más conservadores del

³⁶⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 17 de octubre de 1986 (Sheffield-Horsham c. Reino Unido) y de 27 de septiembre de 1990 (Cossey c. Reino Unido)

³⁶¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 17 de octubre de 1986 (Sheffield-Horsham c. Reino Unido)

³⁶² Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en goo.gl/HvD8G2, a 24/03/2017.

Estado, tal como se ha comentado ya³⁶³, incluso desde el ejercicio individual de determinadas funciones públicas, tal como sucedió sin ir más lejos con el ejercicio de objeción de conciencia planteada por algunos jueces que se negaron a celebrar bodas entre personas de un mismo sexo, excusando sus creencias católicas³⁶⁴, juristas que defendían la objeción a través de sus artículos³⁶⁵.

2.2.3.2. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Tal como ya se ha advertido, la Ley 13/2005, de 1 de julio, no constituía una modificación más del Código Civil, sino que junto con las leyes 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio¹³ y 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, implicaban los cambios más radicales en las concepciones del Derecho de familia español, desde la entrada en vigor del Código Civil. Lo cierto es que con la Ley de 2005 se producía un espectacular cambio del concepto tradicional de familia, provocado sin más por lo que suponía la concesión de estatuto jurídico a las familias que, de facto, habían existido hasta el momento, formadas por núcleos de hombres o de mujeres. No se trataba ya de que en lo sucesivo, referirse a la familia supusiera hablar de una pareja formada por hombre y mujer, si bien y como se ha comentado anteriormente, no era unánime el criterio socio-jurídico de entender que una pareja formada por dos hombres o bien por dos mujeres fuera un equivalente a una pareja estable o a un matrimonio de

³⁶³ Ver comunicado de prensa comentado engoo.gl/1So2FL, a 24/03/2017, suscrito por la Conferencia Episcopal Española, la Federación de Comunidades Judías de España, la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, y el Arcipreste de la Catedral Ortodoxa Griega en Madrid.

³⁶⁴ Caso de la Juez Isabel López García-Nieto.

³⁶⁵ Navarro-Valls, Rafael, *La objeción de conciencia a los matrimonios del mismo sexo*, Revista General de Derecho Canónico y del Estado (nº 9, 2005)

hombre y mujer, existiendo numerosísimos y encendidos puntos de vista discordantes en uno y otro sentido³⁶⁶.

El legislador ya dejaba claro en la propia Exposición de Motivos de la Ley que la misma tenía una trascendencia especial que no suponía añadir al Código Civil meras matizaciones o detalles, sino que la reforma tenía un hondo calado. En este sentido, apunta la Ley que La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja. De ahí que Esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución. Será la ley que desarrolle este derecho, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico, ya que en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja

³⁶⁶ Pous de la Flor, M.P. *La institución familiar en las parejas del mismo sexo*, Diario La Ley, 6276, de 17 de junio de 2005.

es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho. Se constata por ello que Esta percepción no sólo se produce en la sociedad española, sino también en ámbitos más amplios, como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio. Por ello se constata que La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta. Y en este sentido, justifica que la Ley se ajustaba a la Constitución, pues la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta. Y concluye recordando que Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual,

realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja.

Formalmente, la Ley únicamente reformaba unos pocos artículos del Código Civil, sustituyendo las anteriores referencias legales al “hombre y la mujer”, para pasar a redactar los distintos preceptos por un inclusivo “cónyuges”, siendo únicamente modificado con una relativa mayor profundidad el artículo 44 del Código Civil, que pasaba a proclamar que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo, con lo que desde una evidente simplicidad formal, se estaba de paso proclamando la igualdad no sólo de los cónyuges heterosexuales, sino también de los homosexuales y de los matrimonios celebrados por unos y por otros.

Y esta claridad, que más de diez años después, demuestra que ni la familia ha desaparecido como institución básica de la sociedad, ni el matrimonio ha perdido su naturaleza, deja al descubierto que la doctrina científica que también se opuso férreamente a la aprobación de la reforma no tenía razón alguna en sus argumentos³⁶⁷. E incluso el Consejo General del Poder Judicial llegó a argumentar en su informe, en apoyo de buena parte de los planteamientos formados por un buen número de canonistas, que las uniones homosexuales son de naturaleza diferente a los matrimonios heterosexuales, dado que éstas se basan en su estructura, su función social procreativa, en una mayor cantidad que las uniones heterosexuales y en una pretendida mayor estabilidad. Evidentemente, al margen de que los votos particulares del informe del Consejo General del Poder Judicial ya ofreciesen argumentos suficientes para desvirtuar estas bases, está claro que cada uno de ellos cae por su propio peso, ya que según ellos mismos, ¿deberían invalidarse los

³⁶⁷ Ad ex.: NAVARRO-VALLS, RAFAEL: *Estabilidad el matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad*, Revista General del Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado, 14-2007; TIRAPU MARTÍNEZ, DANIEL: *Perplejidades y contradicciones del pretendido matrimonio homosexual. Comentarios al proyecto de Ley de reforma del Código Civil ne materia de matrimonio*, Revista General del Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado, 8-2005; MARTÍ SÁNCHEZ, JOSÉ M^a: *Sobre la naturaleza del matrimonio y sus implicaciones jurídicas*, en Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado, 26-2011; o bien, GARCÍA CANTERO, G.: *Sobre El llamado “matrimonio homosexual”*. Análisis de algunas cuestiones debatidas, Libro-Homenaje al Prof. Manuel Amorós Guardiola, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2006, páginas. 1561-1580.

matrimonios de personas infértiles, o bien si alguno de sus miembros no puede ya tener hijos por razones físicas o de edad? ¿Tiene mayor derecho quien lo invoca perteneciendo a un grupo social muy numeroso o bien quien cuenta con una determinada orientación sexual?

Asimismo, los operadores jurídicos también pusieron trabas específicas, desde su posición particular, de forma que no sólo se llegó a ejercer la indebida cláusula de objeción de conciencia por parte de funcionarios encargados de Registros Civiles, que se negaron a autorizar matrimonios entre personas homosexuales, tal como se ha visto ya. En algún caso, se llegó a la estrambótica situación en que por parte de la Juez encargada del Registro Civil de una localidad catalana, se llegó a exigir a los dos hombres contrayentes, que el que de ellos era extranjero y de nacionalidad pakistaní, aportase al expediente un certificado emitido por la Embajada de su país en España, sobre la vigencia y contenido del Derecho de familia de Pakistán, que acreditase la posibilidad de que dos hombres pudieran contraer matrimonio en el citado país. Con esta exigencia judicial sólo se habría logrado hacer inviable el matrimonio entre el ciudadano español y el ciudadano pakistaní, por dos motivos: el primero, porque en Pakistán no está admitido el matrimonio entre dos hombres. Pero además y en segundo lugar, porque llevar a cabo la solicitud de un certificado en el sentido requerido al interesado, habría supuesto que el ciudadano pakistaní no pudiera volver nunca más a su país, puesto que en el mismo, la homosexualidad está tipificada como delito en sí misma y precisamente por esta razón, el nacional pakistaní residía en España con su hasta entonces pareja estable, con quien pretendía contraer matrimonio. La Juez encargada efectuó consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado, respecto de si podían válidamente contraer matrimonio entre sí dos personas del mismo sexo siendo una de ellas española y la otra extranjera y si, en caso afirmativo, tenían competencia para ello no sólo las autoridades españolas previstas en el artículo 57 del Código Civil en caso de celebración del matrimonio en España, sino también los Encargados de los Registros Civiles Consulares de España en el extranjero. Para disgusto de la Juez encargada que remitió su consulta, se emitió en un tiempo realmente breve la

Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo³⁶⁸, que determinaba varias cuestiones: 1) La viabilidad de que una persona extranjera contrajese matrimonio con una persona española de su mismo sexo en España, acreditando la inexistencia de vínculo matrimonial previo, así como cumpliendo los requisitos establecidos; 2) La viabilidad de que dos personas extranjeras de un mismo sexo pudieran contraer matrimonio en España, cumpliendo los requisitos legales establecidos; 3) La validez en España del matrimonio de dos personas de un mismo sexo, contraído en el extranjero, bien se tratase de dos personas de nacionalidad extranjera, o bien de una persona de nacionalidad española, con otra extranjera, siempre que se cumplan los requisitos legalmente establecidos; y 4) Las autoridades españolas habilitadas para autorizar los matrimonios entre personas españolas también lo están para celebrar matrimonios entre personas españolas y extranjeras, o bien entre personas extranjeras en España.

Al margen de estas consideraciones y de las múltiples trabas que a nivel particular o público se fueron poniendo al matrimonio entre personas del mismo sexo desde los primeros días de vigencia de la Ley 13/2005, es más que palmario que finalmente la Ley fue aprobada, publicada, entró en vigor al día siguiente de su publicación y desde entonces no ha existido conflicto social de ningún tipo, sino que según el Centro de Investigaciones Sociológicas³⁶⁹, en 2010 el 76,8% de los jóvenes consideraba aceptable el matrimonio igualitario, frente a un 19,10% que lo rechazaba.

2.2.3.3. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Popular

El recurso interpuesto por setenta y dos diputados del Partido Popular el día 30 de septiembre de 2005 se iniciaba con la denuncia de que la mayoría parlamentaria había

³⁶⁸ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 188, de 8 de agosto de 2005, páginas 27817 a 27822

³⁶⁹ Estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas sobre las actitudes de la juventud ante la diversidad sexual (noviembre-diciembre 2010), en goo.gl/2aHVfC, a 24/03/2017

decidido la modificación de elementos definitorios básicos de la estructura social, con desprecio al consenso parlamentario con la oposición, desconociendo el carácter de institución básica que tiene el matrimonio, alterando con ello la constitución y no teniendo en cuenta otras formas de regulación más adecuadas al fin perseguido, sin que ninguna de estas afirmaciones pueda contar con el más mínimo respaldo jurídico sólido, tanto en el enfoque inicial referido, como respecto de la fundamentación de las ocho vulneraciones de preceptos de la Constitución que, a juicio de los recurrentes, se causaban con la reforma legal, pues la aprobación de la Ley quebraba una institución jurídica atávica, con lo que nuestro ordenamiento jurídico se dirigía directamente al desastre más absoluto que pudiera pensarse. Las ocho vulneraciones constitucionales que se denunciaban en el recurso se centraban en el fondo en torno a cinco ejes:

1.- Vulneración del artículo 32 de la Constitución por no respetar la definición constitucional del matrimonio como unión de un hombre y una mujer y por no respetar la garantía institucional del matrimonio reconocida por la Constitución, lo cual se supone que infringe el artículo 53.1 de la Constitución, por no respetar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio reconocido en el artículo 32 de la Constitución. No obstante, la argumentación de esta vulneración constitucional no constata qué facultad del derecho se ve afectada por la reforma del Código Civil. Por ello, en opinión de Fco. Javier Matia, *la imposibilidad de argumentar en este punto, explica que el razonamiento se traslade al campo de la garantía institucional, que debe ser respetada en su núcleo esencial por el legislador (STC 32/1981, de 28 de julio)*³⁷⁰. Los recurrentes defendían que la garantía institucional se vaciaba de contenido, a través de la Ley recurrida, considerando además que la misma era desproporcionada, al haber desestimado otras opciones legales de regulación del nuevo modelo de pareja.

2.-Vulneración del artículo 10.2 de la Constitución, relativo a la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas a la luz de la Declaración Universal de

³⁷⁰ Matia Portilla, Fco. Javier: *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites de actuación del segundo*, Revista General de Derecho Constitucional, nº 15, Madrid 2012, página 6.

Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. En este sentido, el recurso entiende que el matrimonio es también heterosexual en el extranjero y, por consiguiente, la Ley infringía el Derecho internacional privado.

3.- Vulneración de los artículos 14 de la Constitución, en relación con los artículos 1.1 y 9.2 del mismo texto constitucional, relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual y su interpretación por el Tribunal Constitucional. Se considera por el recurso que el matrimonio es una institución heterosexual y la unión homosexual no son instituciones homólogas, por lo que en modo alguno resultaría admisible una regulación única y común a ambos supuestos.

4.- Vulneración del artículo 39 de la Constitución, en su apartados 1, 2 y 4, relativos a la protección de la familia, protección integral de los hijos y protección de los niños, todo ello derivado de que la regulación asumida permitía la adopción conjunta por parte de matrimonios homosexuales, lo cual resultaría contrario al interés del adoptado. Evidentemente y sin demasiados rodeos, éste es sin duda el argumento más homófobo de los empleados por el recurso, claramente cargado de prejuicios y en clara confusión entre el interés superior de los menores y la capacidad (sobre todo moral) de una pareja homosexual para que la filiación de un menor se establezca a favor de la misma.

5.- Vulnera el artículo 9, apartado 1, de la Constitución, por no respetar el principio de jerarquía normativa dado que la ley modifica la noción constitucional de matrimonio, así como vulnera el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, por no respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, conculcando a la postre el artículo 167 de la Constitución, relativo a la reforma constitucional. Se consideró por el recurso que la Ley impugnada estaba modificando la Constitución, al margen de los procedimientos que establece el artículo 167, por lo que la actuación del legislador significa una actuación arbitraria del legislativo.

2.2.3.4. La Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre: constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio

Después de siete largos años, en que la Ley 13/2005 fue desplegando sus efectos a través de miles de matrimonios celebrados, junto con innumerables trabas en la aplicación del Código Civil por parte de numerosos funcionarios del Poder judicial, finalmente el 6 de noviembre de 2012, dictó su Sentencia del Pleno del Tribunal, 198/2012, cuyo fallo declaró constitucional la Ley 13/2005. En el momento de dictarse la Sentencia, el Pleno del Tribunal estaba compuesto por once Magistrados (y no doce, por el fallecimiento de Roberto García-Calvo), de los que sólo tres de sus miembros emitieron votos particulares contrarios a la constitucionalidad de la norma³⁷¹.

El recurso de inconstitucionalidad planteado podría haber brindado tres soluciones diferentes: la primera, la estimación del recurso y la declaración de inconstitucionalidad de la reforma del código civil, por haber obviado la nota de heterosexualidad del matrimonio; la segunda, considerar que los matrimonios entre personas del mismo sexo son compatibles con la Constitución y que de hecho, son consecuencias de la misma, en consideración de los artículos 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución, respecto del principio de igualdad material, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad material y a la no discriminación; y, la tercera, que el matrimonio igualitario no era más que el fruto de la decisión del legislador y ni lo contempla la Constitución, ni tampoco la Ley la infringe, siendo por ello considerado un derecho de configuración legal. La Sentencia 198/2012 optó por la tercera de las soluciones. Desde un punto de vista más bien pacato, elegir “la primera iría en una dirección contraria a la seguida en otros ordenamientos de nuestro entorno y la evolución experimentada en los Tratados Internacionales, y en su interpretación auténtica, que nos vincula, y que escoger la segunda atribuiría al Tribunal Constitucional un papel extraño en nuestra cultura constitucional”³⁷². Pero sin duda y como

³⁷¹ Los Magistrados discrepantes fueron Andrés Ollero, J. José González y Manuel Aragón.

³⁷² Matia Portilla, Fco. Javier: Op. Cit., páginas 8 y 9.

seguidamente se podrá descubrir, ésta habría sido la forma más directa de completar una tarea de justicia, dando un marco mucho más firme al matrimonio igualitario de lo que finalmente el Tribunal Constitucional ofreció.

Uno de los principales argumentos que utilizan los defensores de la inconstitucionalidad de la Ley 13/2005, desde la óptica del artículo 32 de la Constitución, lleva a que tal como apunta Mar Leal, la Constitución sólo hace referencia a una diferencia de género (“el hombre” y “la mujer”) precisamente al referirse al matrimonio, hablando en otros preceptos de “todos los españoles”, “los ciudadanos”, o simplemente “toda persona”. El Tribunal Constitucional ya mantuvo con anterioridad la heterosexualidad del matrimonio, como ocurrió en el Auto 222/1994: *se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo*³⁷³. Esta argumentación la defiende Navarro-Valls³⁷⁴, considerando además que aplicando las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos fundamentales, por imperativo del artículo 10.2 de la Constitución, también deben considerarse disposiciones supranacionales como el artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o bien del artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que hacen referencia en todo momento a “hombre y a la mujer”.

Con base en este argumento, en los primeros días de vigencia de la Ley ya se interpuso una inicial cuestión de inconstitucionalidad por parte de un Juez encargado de

³⁷³ Auto del Tribunal Constitucional, de 11 de julio de 1994, http://hj.Tribunal_Constitucional.es/HJ/cs-CZ/Resolucion/Show/AUTO/1994/222

³⁷⁴ Navarro-Valls, Rafael, *La objeción de conciencia a los matrimonios del mismo sexo*, Revista General de Derecho Canónico y del Estado (nº 9, 2005), páginas.. 4-15

Registro Civil, que iría seguida de otras, resultando todas ellas inadmitidas por el Tribunal Constitucional³⁷⁵, ya que aparte de obstaculizar y dilatar la tramitación del expediente matrimonial inicial, con el consiguiente perjuicio para las personas interesadas, no debe olvidarse que los encargados de Registros Civiles actúan en el ejercicio de funciones administrativas (o tal como la Ley del Registro Civil denominaba, funciones gubernativas), por lo que desde esta función, un Juez no está facultado para la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad, al no estar ejerciendo competencias únicamente judiciales.

Como se advirtió en el apartado anterior, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Popular partía de una base en la presunta infracción del artículo 32 de la Constitución, ante lo que suponía para los recurrentes una quiebra producida por el contenido del nuevo artículo 44 del Código Civil, añadiendo diversos argumentos derivados de la misma. El Tribunal precisamente no entró en el análisis de dichas alegaciones resultantes, dado que éstas eran consecuencia de la principal y no argumentos autónomos, analizando, eso sí, la pretendida vulneración del artículo 39 de la Constitución, que según el recurso se producía por la admisión de la adopción por parte de matrimonios formados por personas del mismo sexo.

Como punto de partida, es necesario observar que la llegada al matrimonio igualitario no se produjo sin más, ni en España, ni en aquellos países que lo han legislado, sino que de una u otra forma y como se ha ido viendo a lo largo de los capítulos anteriores, existe un largo camino del movimiento homosexual que, al reclamar una igualdad de sus derechos familiares frente a la ya existente en las parejas heterosexuales, fue abriendo una brecha clarísima que dio lugar primero a leyes que regulaban las parejas estables. En caso de España, este camino se fue abriendo a través de las legislaciones autonómicas y no tuvo éxito a nivel nacional, pero lo cierto es que el contexto social fue modificándose desde finales de los años ochenta del Siglo XX y ello condujo a que la realidad social no fuera unánimemente desfavorable al matrimonio igualitario en España, como tampoco lo fue en

³⁷⁵ Autos del Tribunal Constitucional 505/2005, de 13 de diciembre (RTC 2005/505), 508/2005, de 13 de diciembre (RTC 508/2005), 59/2006, de 15 de febrero (RTC 2006/59), y 12/2008, de 16 de enero (RTC 2008/12).

otros países de nuestro entorno. En este sentido y contestando a la posible inconstitucionalidad de la Ley 13/2005, por infracción del artículo 32 de la Constitución y del sentido heterosexual del matrimonio a la luz del precepto, el Tribunal podría haber considerado el matrimonio como una institución dinámica que entendiese así la evolución de la sociedad española en la materia, así como del resto de países de nuestro entorno.

A este respecto, el Tribunal Constitucional determinó en su Sentencia que el *ius connubii* reconocido por el artículo 32 de la Constitución englobaba un doble contenido que la jurisprudencia había ido configurando, de forma que en el precepto se está estableciendo una garantía institucional por un lado y por otro, un derecho fundamental y así lo concreta en su Fundamento jurídico séptimo, pues *Ha de tenerse en cuenta que ambas categorías no son idénticas, puesto que la primera exige una protección objetiva por parte del Tribunal que debe garantizar que el legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución, exigiendo el segundo una protección subjetiva, de manera que el Tribunal garantice al ciudadano, titular del derecho en cuestión, que la posición jurídica derivada del reconocimiento del derecho no queda eliminada o desnaturalizada por el legislador.*

En primer término, se trataba por ello de determinar si la reforma legal suponía una infracción de la garantía institucional que se reconoce por el artículo 32 de la Constitución y de si cuando el artículo 44.2 del Código Civil afirma que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo se producía un menoscabo de la institución matrimonial. El Tribunal Constitucional alcanzó la conclusión de que la reforma era ajustada a la constitución, haciendo uso de la interpretación sociológica o evolutiva, en el sentido de que en los debates constituyentes de 1977 y 1978 no se discutía la heterosexualidad de la institución, sino la igualdad de los cónyuges en derechos y obligaciones, desligando con ello el matrimonio y la familia. Aun así, esto no supuso que los debates constituyentes excluyeran el futuro matrimonio igualitario de la cobertura constitucional, de manera que *Así, el artículo 32 CE manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones, lo cual no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y*

sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera. Por lo demás, desde una estricta interpretación literal, el artículo 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse aunque, hay que insistir en ello, sistemáticamente resulta claro que ello no supone en 1978 la voluntad de extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales, según se expuso en el Fundamento jurídico octavo de la Sentencia.

De esta forma, el Tribunal acaba afirmando que es la interpretación sociológica o evolutiva la que será utilizada para la resolución del asunto por el Tribunal, de manera que *la Constitución es un “árbol vivo”, -en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo-, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.*

Y a raíz de todo ello, el Fundamento jurídico noveno de la Sentencia recuerda con sumo detalle que *Por otra parte, este Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005. Respecto a la opinión que merece a los españoles la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo, el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), con motivo de la elaboración del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en*

materia de derecho a contraer matrimonio, incluyó la cuestión en diversas encuestas. En el barómetro de junio de 2004 (Estudio nº 2.568) se refleja que el 66,2% de los encuestados creía que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio, mientras que en el Estudio relativo a “opiniones y actitudes sobre la familia” (núm. 2578) realizado durante los meses de octubre y noviembre de 2004, se recoge que el 56,9% de los encuestados estaban a favor de permitir el matrimonio civil para las parejas del mismo sexo. Tras la aprobación de la Ley 13/2005, los datos facilitados por la Comisión Europea contenidos en el Eurobarómetro 2006 (núm. 66), apuntan que el 44% de los encuestados – pertenecientes a los entonces 25 Estados Miembros de la Unión, y a Bulgaria, Rumanía, Croacia, Turquía y la comunidad turco chipriota- está de acuerdo con la idea de que se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, frente a un 49% que manifiesta su oposición. En este contexto europeo, España se sitúa por encima de la media de aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo (56%), lo que supone un acercamiento de la opinión pública, en este punto, a países del norte de Europa y un apartamiento, tal y como observa la propia Comisión Europea, de la tendencia de los países del sur y el este del continente, mayoritariamente situados por debajo de la media europea en nivel de aceptación. Los datos más recientes del CIS sobre este particular se encuentran en el Estudio sobre las “actitudes de la juventud ante la diversidad sexual” (núm. 2.854), realizado entre noviembre y diciembre de 2010 a jóvenes de entre 14 y 29 años, y del que resulta que el 76,8% de los encuestados consideran aceptable el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por su parte las cifras del Instituto Nacional de Estadística contenidas en la estadística sobre “movimiento natural de la población”, permiten saber que, durante los años de vigencia de la Ley 13/2005 y hasta diciembre del año 2011, se habían contraído 22.124 matrimonios entre personas del mismo sexo. Aunque todas estas cifras no sean por sí solas un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley sometida a nuestro examen, no es menos cierto que las mismas ofrecen una imagen refleja del grado de identificación de los titulares del derecho al matrimonio con la institución en la que se integra progresivamente la unión entre personas del mismo sexo.

Asimismo, el Tribunal Constitucional constata que *Acudiendo a la doctrina para perfilar la noción de matrimonio que se asume en nuestra cultura jurídica, hay que*

constatar que entre los juristas especializados en la materia no existe una posición unánime respecto de la cuestión que nos ocupa, si bien se verifica una tendencia creciente a reconocer que el hecho de que el matrimonio entre personas del mismo sexo se integre en la institución matrimonial, es una realidad susceptible de ser asumida en nuestra cultura jurídica, existiendo matices distintos respecto del vínculo constitucional de la institución así configurada, si bien con esta afirmación el Tribunal pasa por alto los criterios contrarios a la reforma del Consejo de Estado o bien del Consejo General del Poder Judicial.

Acudiendo al contexto internacional, el Tribunal reitera lo ya expuesto, en el sentido de que diversos países han ido reconociendo soluciones al reconocimiento jurídico de las relaciones entre parejas homosexuales, bien a través de leyes reguladoras de la pareja estable, bien mediante la admisión del matrimonio igualitario y junto a esta actividad legislativa, se había ido poniendo al día una visión más particular, pues *la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición*, por lo que la vía de entrada de todas estas interpretaciones y acuerdos internacionales en España, se realiza por medio del artículo 10.2 de la Constitución, del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

De esta forma, el Tribunal concluía que la reforma operada por la Ley 13/2005 no supuso una colisión con la garantía institucional del matrimonio, pues no es una opción excluida por el constituyente, debiendo añadirse a ello que la noción institucional del matrimonio que englobe la realidad de los formados por personas de un mismo sexo es progresivamente más aceptada por la sociedad española y por la de países de nuestro entorno, por lo que no tenía sentido un reproche de inconstitucionalidad de la Ley por tal motivo y la institución matrimonial no pasaba a ser irreconocible por la reforma legal, sino que *tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente*

deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código Civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador, por lo que desde la interpretación evolutiva, debía concluirse que respecto del matrimonio, la heterosexualidad no es nota esencial de éste, a la luz de la cultura jurídica y de lo que deriva de esta interpretación.

No ha sido ésta la primera vez que se acude en la interpretación evolutiva de las normas, o como el artículo 3 del Código Civil recuerda, a la realidad social del tiempo en que deba ser aplicada. Tal como apunta Guillermo Cerdeira³⁷⁶, la primera sentencia española que utiliza este criterio de interpretación de las normas jurídicas, de forma que siendo ponente Castán Tobeñas, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 1934, por la que se trataba de adecuar sociológicamente el Código Civil a la constitución republicana de 1931, en un caso en que se trataba de adecuar la regulación de la investigación de paternidad regulada en el Código Civil (discriminatoria para todo tipo de filiación no matrimonial) a las exigencias igualitarias constitucionales del momento. En este sentido, la citada Sentencia hablaba de *la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores –ideológicos, morales y económicos– que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico*, centrado según la resolución en la *conciencia moral de un pueblo*.

Y, si bien ésta fue la argumentación esencial de la Sentencia, existieron votos particulares de la Sentencia, que suscribieron los Magistrados Rodríguez Arribas, Aragón Reyes, Ollero Assara y González Rivas, discordantes con estos planteamientos.

³⁷⁶ Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo; *Constitucionalidad de la Ley 13/2005, sobre el matrimonio homosexual: un ejemplo –hoy– de interpretación sociológica o evolutiva, fundada en razones de igualdad*, en *Matrimonio y Constitución*, Editorial Reus, Madrid, 2013, página. 146.

Para Rodríguez Arribas, no es admisible la definición que la Sentencia da del concepto de matrimonio, como *comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento*. Según este voto particular, este concepto alcanzado desde la interpretación evolutiva, sólo intenta evitar la referencia al sexo, sin considerar que el matrimonio encuentra una de sus bases en la perpetuación de la especie. También el voto particular se fundamenta en una hipotética infracción de planteamientos anteriores del mismo Tribunal Constitucional (como la brindada en su Auto 222/1994) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en el caso Rees c. Reino Unido, de 27 de octubre de 1986, o Cossey c. Reino Unido, de 27 de septiembre de 1990). En este sentido, afirma que el criterio basado en el contexto social presente no puede ser argumento bastante para entender la constitucionalidad de la Ley.

El voto particular de Rodríguez Arribas va más allá, considerando que el matrimonio igualitario sólo tendría cabida constitucional, en el caso de que la Ley fundamental fuera reformada, por lo que para el discrepante se requeriría efectuarla *con todas las formalidades y mayorías que la misma ha previsto, para hacer lo que el legislador llevó a cabo por su cuenta e invadiendo las funciones del constituyente*.

El Magistrado Aragón Reyes afirmaba en su voto particular su conformidad con el fallo de la Sentencia declarando la constitucionalidad de la Ley 13/2005, si bien formula su diferencia con la argumentación jurídica de la resolución en cuanto a la forma de aplicar el concepto de interpretación evolutiva, ya que *Mediante la interpretación evolutiva no puede hacersele decir a la norma lo contrario a lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello*. Así, para Manuel Aragón, de algunas afirmaciones de la Sentencia se puede deducir algo grave: que el Tribunal Constitucional se convierte en un *poder constituyente permanente*.

Por su parte, Ollero Tassara brinda una oposición frontal a la Sentencia y no concede relevancia hermenéutica alguna al sentido propio de las palabras artículo 32 de la Constitución, considerando que no es suficiente para precisar el criterio interpretativo, pues para su criterio, *Una interpretación, por evolutiva que sea, no puede considerarse sinónimo de reforma o cambio; como recuerda en términos inequívocos el artículo 167 del propio texto constitucional.*

En cuanto al voto particular de González Rivas, se acepta la interpretación evolutiva, pero siempre desde el respeto a la esencia de las instituciones que, en el caso del matrimonio, se basa en la heterosexualidad de los cónyuges.

Al margen de la valoración que la Sentencia del Tribunal Constitucional efectúa respecto de la garantía institucional del artículo 32 de la Constitución, el Tribunal también se refiere a la dimensión del matrimonio como derecho no sólo constitucional, sino que como consecuencia de su ubicación en la Constitución, se considera como un derecho fundamental, pese a que no sea susceptible de amparo constitucional, conforme a lo dispuesto por los artículos 53.2 de la Constitución y 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Y pese a no ser susceptible de *goza de la garantía de preservación de su contenido esencial frente a la libertad del legislador*, entendiéndose que el contenido esencial, tal como apuntó la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, *aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.*

La Sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional contempla el matrimonio como un derecho constitucional, en sus fundamentos jurídicos décimo y undécimo, que intentan dar respuesta a si el hecho de que las personas homosexuales puedan contraer matrimonio entre sí es un ataque al contenido del derecho, que tiene que ser respetado en todo momento, por aplicación del artículo 53.1 de la Constitución, lo cual implica la igualdad entre los cónyuges (siendo ello el reflejo del artículo 14 de la Constitución); que el

matrimonio es un derecho de titularidad individual, pero no de ejercicio individual; y un derecho a no contraer matrimonio (suponiendo ello una admisión de otras figuras de convivencia *more uxorio*. Todo este contenido del matrimonio como derecho fundamental no hace referencia a la orientación sexual de los cónyuges, de forma que la reforma legal de la Ley 13/2005 lo único que hace es modificar las formas de ejercicio del derecho al matrimonio, sin que ello implique una vulneración de su contenido esencial, sin que con ello la nueva regulación esté vulnerando el contenido institucional del matrimonio. Se trata únicamente de que en lo sucesivo, la persona podrá escoger si contrae matrimonio con una persona de su mismo sexo, o bien del sexo contrario, respetándose con ello el contenido esencial del derecho, pues no se limita con ello el derecho al matrimonio a las personas heterosexuales y sí se amplía a las personas homosexuales, que podrán contraer matrimonio entre ellas. Por otra parte, el Tribunal Constitucional consideró que la Ley 13/2005, al modificar únicamente el régimen del ejercicio del derecho al matrimonio o la posibilidad de “hacer”, tampoco comportaba una vulneración de la Constitución por parte de la norma.

2.2.3.5. Punto de vista constitucional del matrimonio igualitario en otros países

Si bien España fue el tercer país que reconocía el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, se ha podido ver en los apartados anteriores que un gran número de países habían ido reconociendo progresivamente los efectos jurídicos de las parejas de personas del mismo sexo, generándose un gran número de leyes reguladoras de las parejas estables y finalmente, del matrimonio. Esta realidad llevó a que diferentes tribunales constitucionales extranjeros fueran planteándose tanto la viabilidad de que se regulasen las parejas estables entre personas de un mismo sexo, como también de que el matrimonio fuera regulado en algún momento por sus correspondientes poderes legislativos.

En 1987, dos hombres residentes en Vic (Barcelona), intentaron la formación de expediente matrimonial, resolviéndose la cuestión finalmente a través de la Resolución de

la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de enero de 1988, que en definitiva afirmaba que la Constitución no amparaba el matrimonio homoparental, que terminológicamente el Código civil tampoco amparaba el posible matrimonio homoparental al hacer mención a “marido” y a “mujer” y concluía diciendo que no existía ningún tipo de discriminación a los posibles contrayentes, dado que el derecho a contraer matrimonio se tenía en todo caso, pero para ejercerlo contrayendo matrimonio con una persona del otro sexo³⁷⁷.

Por su parte, la Cour d'Arbitrage de Bélgica se pronunció también sobre el tema en su Sentencia 159/2004 y el Tribunal Constitucional portugués se pronunció sobre el tema a través de su Sentencia 359/2008, admitiendo el matrimonio de las parejas homosexuales en ambos casos y que sus respectivos legisladores amplíen el matrimonio. Ambas Sentencias no desconocieron, como tampoco la de nuestro Tribunal Constitucional, la visión de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea³⁷⁸ que ya ha sido objeto de comentario anteriormente, pues su artículo 9, al referirse al matrimonio, no menciona como condición del matrimonio que éste deba tener en cuenta la heterosexualidad o excluya la homosexualidad de sus miembros, pues al afirmar que *Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*, se reconoce una posible regulación futura más amplia a la visión anterior de la Convención Europea de Derechos Humanos, si así lo van decidiendo en el futuro los diferentes legisladores nacionales.

La propia Unión Europea, a través de sus instituciones ha ido también poniendo al día la cuestión. Se puede por ello recordar la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de abril de 2008 (asunto C-267/06), que afirma que *el artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro*

³⁷⁷ Herrero Brasas, Juan Antonio: *El matrimonio gay*. Claves de razón práctica, 1997-3ª. Prisa Ediciones, Madrid, 1997, páginas 42 y 43.

³⁷⁸ Diario Oficial de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000, páginas. 346/1-22.

superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia. Se han dictado por el Tribunal Sentencias posteriores que también han ido reconociendo derechos, relativas a pensiones de matrimonio, que también resultan de interés en este caso, como la de los casos Römmer (de 10 de mayo de 2011, asunto C-147/08), K.B. (de 7 de enero de 2004, asunto C-117/01), entre otras.

Por su parte, el Consejo de Europa ha ido mostrando una clara evolución, que se inició al considerar delictiva de la homosexualidad (Decisión 104/55, de 17 de diciembre de 1955) y viendo como impúdicos los actos homosexuales (Dugeon c. Reino Unido - Sentencias de 22 de octubre de 1981-, Norris c. Irlanda -26 de octubre de 1988-, o bien Modinos c. Chipre -Sentencia de 22 de abril de 1993), considerando que no se justificaba lo contrario en una necesidad social.

En paralelo, el Consejo de Europa partió de considerar que las relaciones de pareja homosexuales duraderas no se veían incluidas en la protección de la familia, reconocida por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Caso X. e Y. c. Reino Unido -Sentencia de 14 de mayo de 1986- o Kerkhoven y Hinke c. Países Bajos -Sentencia de 19 de mayo de 1992), ni tampoco se vulneraba el artículo 14 de la Convención por razón de sexo, en los casos en que las regulaciones ofrecen una mayor protección a las personas casadas y a las parejas heterosexuales (como ocurrió en los asuntos C.y L.M. c. Reino Unido -Sentencia de 9 de octubre de 1989-, B. c. Reino Unido -Sentencia de 10 de febrero de 1990-). Dentro de esta evolución, con posterioridad se han dictado resoluciones que versan sobre la interdicción de la discriminación por orientación sexual, relacionadas con la expulsión de personas homosexuales de los ejércitos (asunto Smith y Grady c. Reino Unido, Sentencia de 27 de septiembre de 1999), la diferente edad de consentimiento válido en Derecho penal para mantener relaciones sexuales respecto de personas heterosexuales (asunto L. y V. c. Austria, Sentencia de 9 de enero de 2003), la atribución de la potestad paterna (asunto Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, Sentencia de 21 de diciembre de

1999), la adopción de menores (asuntos Fretté y E.B. c. Francia, Sentencias de 26 de febrero de 2002 y 22 de enero de 2008), el derecho de subrogación arrendaticia ante el fallecimiento de la pareja titular del contrato (asunto Karner c. Austria, Sentencia de 24 de julio de 2003), el cálculo de una pensión de viudedad que debería haber variado al tener una pareja (asunto J.M. c. Reino Unido, Sentencia de 28 de septiembre de 2010), o el derecho de los colectivos homosexuales a promover manifestaciones públicas (asuntos Baczkowski c. Polonia, Sentencia de 3 de mayo de 2007 y Alekseyev c. Rusia, Sentencia de 21 de octubre de 2010).

Dentro de esta evolución jurisprudencial que se ha experimentado por el Consejo de Europa, merece mención especial la Sentencia de 24 de junio de 2010, en el asunto Schalk y Kopf c. Austria, en que además de ocuparse del matrimonio entre personas del mismo sexo, el Tribunal revisa su jurisprudencia anterior expresada en sus Sentencias de 10 de mayo de 2001 (asunto Mata Estévez c. España), 10 de octubre de 1986 (asunto Rees c. Reino Unido) y Cossey c. Reino Unido (Sentencia de 27 de septiembre de 1990). Esta revisión de los criterios vertidos en la jurisprudencia anterior, llevó al Tribunal a manifestar que ante la evolución que habían vivido las legislaciones estatales de los últimos años, una pareja homosexual mantiene una vida familiar desde la perspectiva del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en cuanto a que *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

Por otra parte, otros países han ido también configurando desde su jurisprudencia constitucional la validez de los matrimonios igualitarios, tal como así sucedió en Colombia, a través de la Sentencia de la Corte Constitucional, de 24 de julio de 2013 (que hizo que sin que se modificase la ley se pudieran celebrar matrimonios entre personas de un mismo sexo) y el caso de la Sentencia de 26 de junio de 2015, dictada en el caso Obergefell contra Hodges, que declaró que todos los Estados tienen obligación de conceder licencias de

matrimonio a parejas del mismo sexo bajo la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos³⁷⁹.

2.2.4. LA POSIBILIDAD DEL MATRIMONIO RELIGIOSO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Como pudo verse en apartados precedentes, el artículo 60 del Código Civil advierte que el matrimonio celebrado según las normas del Derechocanónico... produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente. Como consecuencia de esta mención legal, también deberá tenerse en consideración lo que disponen los cánones 1.055 y siguientes, del Código de Derecho Canónico, de 25 de enero de 1983. Y, en paralelo, como consecuencia del principio de libertad religiosa que recoge el artículo 16 de la Constitución, ya ha podido comprobarse como el artículo 59 advierte que el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste. Así, son cuatro las normas que hacen posible que los matrimonios celebrados según las normas de las Iglesias Evangélicas, y confesiones judías e islámicas tengan validez civil en España, así como de otras confesiones conforme a unas condiciones concretas: La Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España; la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el

³⁷⁹ Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América (julio 9, 1868): *1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningun Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.*

Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España; y la disposición transitoria quinta de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, que como se comentó anteriormente deja la puerta abierta a la celebración de matrimonios por los ritos de las confesiones cristiana ortodoxa y anglicana, testigos de Jehová, mormones y budista. Todas estas normas quedan a su vez conjuntadas en los artículos 60³⁸⁰ a 65 del Código Civil.

Como ha podido comprobarse en el apartado anterior inmediato, el matrimonio civil como institución se ha contemplado por el Tribunal Constitucional (y también por el legislador) desde la óptica de la interpretación evolutiva, punto de vista que ya desde 1934 el Tribunal Supremo tuvo en cuenta a la hora de interpretar y aplicar normas jurídicas. Por ese mismo motivo cabe preguntarse si las personas homosexuales que deseen contraer matrimonio, además de contar con la posibilidad legal de contraer matrimonio civil, tengan también a su alcance la posibilidad de casarse conforme a los ritos que pudieran marcar sus creencias personales.

La Iglesia Católica ha mantenido una postura combativa contra el matrimonio igualitario (y también contra la regulación de la pareja estable)³⁸¹, a través de la definición del matrimonio canónico como la institución natural que dogmáticamente se presenta como monógama, heterosexual, estable, abierta a la fecundidad y voluntaria³⁸², negando la doctrina canonista toda validez o legitimación al matrimonio entre dos personas de un mismo sexo, argumentándolo incluso desde planteamientos realmente curiosos, que mezclan pederastia, matrimonio, homosexualidad, calificando contra natura la homosexualidad y rechazando incluso la posibilidad de regulación de parejas estables homosexuales³⁸³.

³⁸⁰ Artículo 60 redactado por el apartado doce de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

³⁸² Molina Meliá, Antonio y Olmos Ortega, M^a Elena: *Derecho matrimonial canónico, sustantivo y procesal*; Editorial Civitas. Madrid, 1999. Página. 46

³⁸³ Souto Paz, José-Antonio: *Derecho matrimonial*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 2002. Páginas. 35-40.

Contrariamente a lo que sucede con la perspectiva dogmática católica, no ha ocurrido así con otras iglesias cristianas³⁸⁴. Y lo mismo sucede con parte de la confesión judía³⁸⁵, que en parte se plantea su admisión, habiéndose incluso celebrado bodas igualitarias en alguna de sus sinagogas.

Analizando el contenido doctrinal de las grandes religiones monoteístas, puede afirmarse a grandes rasgos que ninguna de ellas (cristianismo, judaísmo, islamismo, budismo o hinduismo) admite las prácticas sexuales homosexuales y tampoco la existencia de relaciones familiares de pareja estable homosexual. Aun así, es necesario establecer una serie de puntualizaciones al respecto del cristianismo y al judaísmo, dado que desde hace años, parte del Protestantismo se muestra favorable a las relaciones estables homosexuales, así como parte del Judaísmo. Por último también merece la pena observar el caso particular de la Iglesia Católica, que si bien se muestra contraria y combativa con la homosexualidad, su práctica y las relaciones de pareja homosexual, es interesante contemplar situaciones históricas que han supuesto un práctico reconocimiento de las relaciones de pareja homosexual y la perspectiva futura a la luz de diversos puntos de vista papales en los últimos quince años.

No todas las Iglesias Protestantes admiten la homosexualidad y las relaciones de pareja homosexuales, acogiéndose al igual que las Iglesias Católica y ortodoxa a las interpretaciones tradicionales del Antiguo Testamento y, en particular, del Levítico, tal como ya se puso de manifiesto en el capítulo primero. Así, la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Mormones) y las Iglesias Evangélicas vinculadas al fundamentalismo cristiano también rechazan totalmente la homosexualidad. Sin embargo, también en el ámbito de las Iglesias Protestantes existen algunas que son tolerantes con la homosexualidad e incluso han admitido las relaciones de pareja homosexuales, llegando a celebrar en el contexto de sus rituales matrimonios igualitarios y otras Iglesias que mantienen un debate interno. Entre las Iglesias Protestantes que son tolerantes y se plantean

³⁸⁴ Vide: goo.gl/fr3VcAcontent_copyCopy short , a 24 /03/2017

³⁸⁵ Vide: goo.gl/Hg0Yk2, a 24/03/2017

la homosexualidad como una opción de vida, se pueden destacar la Iglesia Anglicana, algunas Congregaciones Metodistas, Bautistas y Presbiterianas. Entre las Iglesias que aceptan la homosexualidad y las relaciones matrimoniales entre personas del mismo sexo, celebrando el rito matrimonial en su liturgia, se encuentran las Iglesias Congregacionalistas y las Unitarias Universalistas.

Asimismo, un caso particular es el de dos países como Islandia o Dinamarca, en que la Iglesia luterana encarna la religión oficial de ambos Estados. En los dos casos, la regulación civil del matrimonio, que permite el matrimonio igualitario de sus ciudadanos, es aplicable de forma directa a sus Iglesias nacionales, por lo que éstas aplican el matrimonio igualitario a los que puedan celebrarse en su seno, contando con validez civil. Este punto de vista ha quedado a su vez amparado por el criterio expresado y clarificado por la Corte Suprema de Dinamarca, en su sentencia de 23 de marzo de 2017³⁸⁶, que entiende que la Iglesia Nacional Danesa luterana, en tanto que Iglesia nacional, debe someterse a la regulación que dé a la misma el Parlamento danés y también ajustarse a la legislación civil emanada del mismo, que pudiera afectar a aquellas instituciones jurídicas que se vieran también afectadas en paralelo por la práctica de la Iglesia del estado. Tanto en el supuesto danés, como en el islandés, esto no supone que todos los sacerdotes de ambas Iglesias estén obligados a celebrar matrimonios igualitarios, sino que ambas confesiones cristianas están obligadas a facilitar ministros religiosos que sí celebren estas uniones. Por lo que respecta, por ejemplo, a las Iglesias luteranas de Suecia o de Noruega, ambas han dejado de contar con la consideración de Iglesias nacionales, por lo que la legislación civil no les es de aplicación directa, como en Islandia o Dinamarca, si bien aquéllas han venido aceptando el matrimonio igualitario por decisión propia.

Por su parte, el Judaísmo en general, salvo en su vertiente integrista, mantiene un debate abierto en torno a la homosexualidad y a las relaciones de pareja homosexual. En tal sentido y tal como se ha apuntado, se han celebrado numerosos matrimonios en Iglesias protestantes en los Estados Unidos de América y en Gran Bretaña principalmente, de igual

³⁸⁶ Puede consultarse la citada Sentencia en <https://goo.gl/z6DL9W>, a 24/03/2017

forma que también se han celebrado algunos matrimonios en sinagogas argentinas o mejicanas. En este sentido y según lo ya expuesto en párrafos anteriores, de haberse celebrado estos enlaces en España, los mismos podrían haber tenido un reconocimiento civil, con la correspondiente inscripción en el Registro Civil, en el supuesto de que las bodas celebradas se hubieran llevado a cabo conforme dispone la transitoria quinta de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, que en esencia emite las mismas reglas que se marcan por los artículos 60 a 65 del Código Civil: hasta la entrada en vigor del artículo 58 bis de la Ley 20/2011, de 22 de julio, del Registro Civil, la celebración del matrimonio en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, requerirán la resolución previa de capacidad matrimonial. Cumplido este trámite, el Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que haya intervenido expedirá dos copias de la resolución que incluirá, en todo caso, certificación acreditativa del juicio de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio. El consentimiento deberá prestarse ante un ministro de culto y dos testigos mayores de edad. En estos casos, el consentimiento deberá prestarse antes de que hayan transcurrido seis meses desde la expedición del certificado de capacidad matrimonial. A estos efectos se consideran ministros de culto a las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y que acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España con la conformidad de la Federación que, en su caso, hubiera solicitado dicho reconocimiento. Una vez celebrado el matrimonio, el oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del acta previa que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco

días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto.

En cuanto a la Iglesia Católica Romana, debe insistirse en la negación de la misma a aceptar la homosexualidad, su práctica y también las relaciones familiares homosexuales. Ahora bien: es necesario advertir que a pesar de la represión de la homosexualidad que se ha podido ver a lo largo de la historia, sobre todo a través de la Inquisición³⁸⁷, hay precedentes históricos y datos que hacen vislumbrar que en un futuro, quizás pueda ser posible una regulación que diera cabida a las relaciones de pareja homosexuales y a la celebración de ritos matrimoniales o paramatrimoniales.

Se debe hacer referencia a ritos matrimoniales y no a un rito matrimonial único, dado que el rito matrimonial canónico, tal como se prevé en el c. 1.055, supone una alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados. A diferencia de lo que sucede con el artículo 32 de la Constitución española, el precepto transcrito no deja lugar a interpretación evolutiva alguna que pueda suponer o conducir a deducir de dicha norma un posible matrimonio entre dos personas del mismo sexo, dado que en este caso la norma se refiere a hombre y mujer “entre sí”, con una clara finalidad procreativa de la institución matrimonial católica. En todo caso, para algunos autores eclesiásticos como el jesuita Juan Masía³⁸⁸, en un artículo periodístico en que

³⁸⁷ Rodríguez, Rocío: *Sodomía e inquisición: el miedo al castigo*; Ushuaia ediciones, Conesa, 2014: Tal como apunta la autora, constan documentados entre los años 1550 a 1700 un total de 638 casos juzgados de sodomía por parte de la Inquisición, en el Archivo Histórico Nacional, considerando a su juicio como tribunal más permisivo el de Barcelona (115 casos), seguido de Valencia (222 casos) y como tribunal más duro el de Zaragoza, con un total de 301 casos (página 77).

³⁸⁸ Masía Clavel, S.J., Juan: *Acogida eclesial a matrimonio del mismo sexo*, en *Periodista Digital*, de 30 de junio de 2016, en goo.gl/bR42Yo.

simula una conversación entre una pareja homosexual y un párroco, éste advierte parafraseando declaraciones papales, que “Francisco dice dos cosas: primero, que a vosotros hay que acogerlos en la Iglesia sin la más mínima discriminación; segundo, que una boda como la vuestra iría en contra de lo que dice el derecho canónico que es el matrimonio. Con esto, ya puedo responder a vuestras preguntas. Porque me habéis hecho dos preguntas distintas: si os podéis casar canónicamente en la iglesia y si la Iglesia puede bendecir vuestra unión ya civilmente formalizada. A la primera pregunta os tengo que responder que no. Hoy por hoy, mientras no se reforme el derecho canónico, no podemos celebrar esa boda canónicamente, cumpliendo con todos los requisitos canónicos e inscribiéndoos en el registro matrimonial. Pero, por otra parte, ni falta que os hace, porque ya estáis casados civilmente. Pero a la segunda pregunta os tengo que decir que sí. Lo mismo que la semana pasada celebramos dentro de la misa la renovación de la promesa matrimonial de nuestros amigos Clara y Felipe, en sus bodas de plata, del mismo modo podemos celebrar dentro de la misa de nuestra comunidad, que os acoge, podemos celebrar la renovación de la promesa de vuestro matrimonio civil y que Dios la bendiga. En el n. 251 de *Amoris Laetitia* Francisco se limita a citar lo que dijeron los obispos sobre “los proyectos de equiparación de las uniones entre personas homosexuales: no existe ningún fundamento para asimilar o establecer analogías entre las uniones homosexuales y el designio de Dios sobre el matrimonio y la familia”. En el número 250, citando palabras suyas en *Misericordiae vultus* dice: “El amor de Jesús se ofrece a todas las personas sin excepción... toda persona, independientemente de su tendencia sexual ha de ser respetada en su dignidad y acogida con respeto, evitando todo signo de discriminación”. La afirmación del n. 251 presupone que la actual formulación canónica de la doctrina sobre el matrimonio refleja el designio de Dios sobre la familia, lo cuál es exegética y teológicamente cuestionable, al menos en el sentido de cerrar la puerta a toda evolución de la doctrina. Además, tomando en serio la afirmación de la n. 250, hay que cuestionar el presupuesto de que la actual formulación canónica de la doctrina sobre el matrimonio refleje el designio de Dios sobre la familia. Sin embargo, hoy por hoy, estando vigente la normativa canónica, no podría ningún párroco permitir en su jurisdicción una boda canónica de una pareja del mismo sexo ni inscribirla en el registro matrimonial con todos

los requisitos correspondientes. En un futuro (que quizás tardará más de lo deseable) será posible, si y cuando se haya realizado antes la reforma del derecho canónico, la revisión y evolución de las doctrinas sobre sexualidad y matrimonio y se haya revisado la exagerada juridificación de la vida sacramental. Pero lo que si nos permite la postura del n. 250 es la celebración de una bendición religiosa del matrimonio civil sin boda canónica. Esto se aplica no solamente al caso de la pareja del mismo sexo, sino también a otras situaciones como las de divorciados vueltos a casar civilmente. Precisamente en el párrafo 297, en que insiste en “integrar a todas las personas en la comunidad eclesial según la lógica del Evangelio” acentúa Francisco así: “No me refiero sólo a los divorciados en nueva unión, sino a todos, en cualquier situación que se encuentren”. Esta práctica, lo mismo que la de resolver mediante “discernimiento en el foro interno” casos insolubles canónicamente, hace años que se realizaba en las vanguardias de la pastoral en diversos países y diócesis (Háganlo, pero no me pidan permiso, decían algunos obispos con sentido común y evangélico, (que “haberlos haílos también). Ahora, después de la *Amoris laetitia*, no solo está avalada esta práctica, sino que engendra y provoca el cambio y evolución doctrinal. Con razón decía Francisco en el prólogo de *Amoris laetitia* que quedan pendientes cuestiones doctrinales. Una de ellas, la de no limitarse a las declaraciones de nulidad, sino a reconocer el divorcio por ruptura de lo que no fue nulo, pero se ha roto irremediabilmente, y reconocer las nuevas nupcias. Entretanto, mientras no evoluciona la doctrina, queda el recurso a la práctica pastoral de bendecir la unión de la pareja que se ha formalizado civilmente. Lo mismo que ocurre al resolver en el foro interno el tema del acceso a los sacramentos para los divorciados vueltos a casar, este paso práctico pastoral no es una aplicación o una excepción de una doctrina, sino un paso adelante creativo que provoca, suscita y alienta la evolución de las doctrinas. Por eso es tan decisivo el paso dado por *Amoris laetitia*. Lo han percibido muy bien quienes la critican por no coincidir con algunas aspectos del magisterio anterior (*Humanae vitae*, *Familiaris consortio*...). En realidad esa crítica es la mejor alabanza de la *Amoris laetitia*, porque eso es lo que estaba haciendo falta con muchos años de retraso: no repetición, sino evolución doctrinal. Lo paradójico es que para lograrlo haya hecho falta repetir por activa y pasiva que nada cambia doctrinalmente,

cuando precisamente ese cambio pastoral es el que produce la evolución doctrinal requerida y esperada”.

En este sentido que apunta el jesuita Juan Masiá, mientras no se modifique el Código de Derecho Canónico, es evidente que será imposible la celebración de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo por parte de la Iglesia Católica. A este respecto, John Boswell³⁸⁹ apuntaba que “la creencia en que la hostilidad de las Escrituras cristianas a la homosexualidad fue la causa de que la sociedad occidental se volviera contra ella no requiere una refutación demasiado elaborada. Los mismos libros que se piensa que condenan los actos homosexuales también condenan la hipocresía en los términos más enérgicos, y con mayor autoridad, y sin embargo, la sociedad occidental no creó ningún tabú contra la hipocresía, no afirmó que los hipócritas fueran “antinaturales”, no los segregó en una minoría oprimida, no aprobó leyes para castigar su pecado contra la castración o la muerte. En realidad, ningún Estado cristiano aprobó leyes contra la hipocresía en sí misma, a pesar de la constante y explícita condena que de ella hacen Jesús y la Iglesia. En la misma lista en que se excluía del reino de los celos a los culpables de prácticas homosexuales se mencionaba también a los codiciosos. Sin embargo, ningún Estado medieval quemó codiciosos en la hoguera. Es evidente que en los Estados tardomedievales que autorizaban a las prostitutas pero quemaban a los gays operaban ciertos factores ajenos al antecedente bíblico, pues para todos los criterios objetivos, el Nuevo Testamento condena mucho más crudamente la prostitución que la homosexualidad. Los Estados cristianos hicieron un uso enormemente selectivos de las restricciones bíblicas y no cabe duda de que el problema decisivo reside en el contexto histórico que determina la selección”.

En este sentido, es necesario recordar que la historia de la Iglesia Católica muestra que lo sugerido por los dos textos comentados cuenta con antecedentes históricos que

³⁸⁹ Boswell, John; *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad. Los gays en Europa Occidental desde el comienzo de la Edad Cristiana hasta el siglo XIV*. Muchnik Editores, Barcelona, 1992, página. 30.

simplemente requerirían que se aplicasen de nuevo. Así, John Boswell³⁹⁰ apuntó en 1994 la existencia de ritos nupciales en parejas del mismo sexo, en la Iglesia primitiva, afirmando que estas uniones eran comunes, apoyando su afirmación en la literatura histórica de la época. En este sentido, el autor se refiere al antiguo rito latino conocido como *fraternitas iurata*, o bien *ordo ad fratres faciendum*, conocida también por su denominación griega, *adelfopoiesis*, que se aplicó por varias iglesias cristianas durante la Edad Media y hasta inicios de la Edad Moderna en Europa. Con este rito ceremonial, la Iglesia unía a dos personas del mismo sexo, con un origen etimológico que se refiere a “hacer hermanos” o hermanar a dos personas.

En la Iglesia Católica, este rito fue introducido oficialmente en el Concilio de Trento (1545-1563), por lo que a diferencia de lo sucedido en la Iglesia oriental, no tuvo una gran difusión en la occidental. En la actualidad, aún se practica en la denominada Iglesia Católica Antigua o Veterocatólica, formada por un grupo de iglesias cristianas separadas de la Católica-Romana en el Siglo XIX, agrupadas actualmente en la denominada Unión de Utrech, a su vez en comunión con las Iglesias anglicanas.

El rito en sí sólo contaba con la presencia de un sacerdote en el caso de llevarse a cabo, además, en el marco de una celebración eucarística, en que los intervinientes juraban ante el altar el establecimiento de un parentesco artificial y así lo proclamaban en la puerta del templo. La consecuencia práctica de este ritual consistía en que al fallecimiento de ambos, se les enterraba juntos, habiéndose encontrado en cementerios ingleses e irlandeses un gran número de tumbas en que yacen dos cadáveres humanos masculinos.

Existen notas históricas de la práctica en Occidente desde el Siglo XIII³⁹¹ y se encuentra la base bíblica del libro Primero de Samuel³⁹²: *Jonatán dijo entonces a David:*

³⁹⁰ Boswell, John: *Same-Sex Unions in Premodern Europe*, Villard Books, 1994, páginas.. 53-107 y 199-279.

³⁹¹ Como *Topográfica hibernica*, de Giraldus Cambrensis, y en la *Crónica oficial de la Guerra Civil en Inglaterra*, que explica cómo el Rey Eduardo II y Piers Gaveston se hermanaron a través del rito de la adelfopoiesis, tal como explica Boswell, Op.Cit., teniéndose constancia pública de que el monarca inglés tenía relaciones homosexuales con normalidad.

³⁹² Samuel, 20, 12-17.

«Por Yavé Dios de Israel, que desde mañana o pasado mañana sondearé a mi padre para conocer sus intenciones. Si todo va bien para ti, te enviaré a alguien para que te lo comunique. Si no lo hago, ¡que Dios me maldiga una y otra vez! Y si mi padre quiere hacerte daño, también te lo comunicaré. Haré que te vayas en paz; Yavé estará contigo como lo estuvo con mi padre. Mientras estoy en vida, que tu bondad para conmigo sea como la de Yavé. Y si muero, no apartes jamás tu benevolencia de mi familia cuando Yavé haya exterminado a tus enemigos de la superficie de la tierra. Si el nombre de Jonatán desapareciera junto con la familia de Saúl, Yavé le pedirá cuenta de ello a la familia de David». Y de nuevo Jonatán hizo un juramento a David en nombre de su amistad porque lo amaba como a sí mismo.

Para el historiador británico Alan Bray³⁹³, la adelfopoiesis fue altamente utilizada en las Islas británicas, dado que de esta forma se podían establecer lazos de parentesco reconocidos socialmente, a través de los cuales también se podía obtener un elemento protector del patrimonio y de la persona, conducente a establecer los correspondientes vínculos hereditarios entre unos y otros³⁹⁴.

En definitiva, es evidente que si bien el matrimonio no se puede ver admitido actualmente en el rito católico, sí puede serlo tal como se ha expuesto un sistema histórico de la Iglesia Católica, como la adelfopoiesis o la *fraternitas iurata*, o bien *ordo ad fratres faciendum*, que en ningún caso se impide por el Código de Derecho Canónico. En este sentido, operaría en la prestación del juramento de fraternidad lo que disponen los cánones 1.200, 1.201, 1.202 y 1.203, que en resumen definen el contenido que debe tener el juramento, la invalidez del juramento en perjuicio de terceros, del bien público o de la salvación eterna, las causas de cese de la obligación adquirida a través del juramento promisorio y la potestad jurídico-canónica para suspender, dispensar o conmutar el juramento prestado. De esta forma, en tanto la Iglesia Católica no logre hacer evolucionar el instituto jurídico-canónico del matrimonio, tal como lo ven las confesiones religiosas

³⁹³ Bray, Alan; *The friend*. Universidad de Chicago, 2003.

³⁹⁴ Pignonum, Marcellum, *Canonica Criminalis Praxis*, Venecia, 1511, página 60.

antes mencionadas, las parejas homosexuales podrían tener una cabida y encaje en una institución histórica de la Iglesia Católica que bien podría homologarse al matrimonio canónico, a los efectos de validez civil del mismo, con la aplicación del artículo 60 del Código Civil en tal sentido.

2.2.5. CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA” EN TORNO A LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO DE PAREJAS HOMOSEXUALES

Como ya se ha expuesto anteriormente, buena parte de la sociedad reprocha al colectivo homosexual que se mantenga por su parte un espíritu combativo o reivindicativo, con posterioridad a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, considerando que tras esta Ley, poco más se puede ya ambicionar para la igualdad jurídica de las personas homosexuales en España. Lamentablemente, la igualdad y la no discriminación de las personas homosexuales no se puede fiar a una sola ley, por novedosa e innovadora que resulte, sino que se requerirán indiscutiblemente dos cosas: la primera, que el ordenamiento jurídico en su conjunto permita atajar la discriminación de las personas en general y, la segunda, que una vez se puedan analizar los posibles fallos que evidencie una norma jurídica, la misma pueda ser mejorada y ser reformada en aquellos aspectos que puedan dejar puertas abiertas a los tratos tanto discriminatorios como erróneos en su aplicación, tal como ya se ha podido comprobar respecto del matrimonio, a través por ejemplo, de las Resoluciones-Circulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que hicieron posible la aplicación normalizada de la reforma del Código Civil de 2005.

En todo caso, merece la pena tener bien presente que la reforma del Código supuso un antes y un después, a todas luces positivo, en el Derecho de familia y en la igualdad de las personas homosexuales, que desde 2005 pueden casarse en España y con ello contar con las mismas facultades de las personas heterosexuales, a la hora de fijar la forma de su relación de pareja, como pareja estable, o bien como unión matrimonial.

No obstante, la regulación del matrimonio que llegó a través de la Ley 13/2005 olvidó modificar también determinados aspectos que giran en torno a una concepción heterosexual del matrimonio y que al aplicarse al matrimonio de dos hombres o dos mujeres, los citados aspectos carecen de toda lógica. No puede desmerecerse a través de estos aparentes fallos de la reforma de 2005 la importancia que la misma tuvo, porque como bien pudo vivirse antes, durante y después de la aprobación de la Ley, la contestación no fue mayoritaria, pero sí muy virulenta. Y por ello es posible entender que haber llevado a cabo una reforma de la entidad que realmente se requería habría supuesto añadir más combustible a un fuego totalmente innecesario e inútil.

En este sentido, es necesario puntualizar una serie de aspectos que tras la entrada en vigor de la reforma del Código Civil, la práctica jurídica evidencia la necesidad de ciertas reformas, que seguidamente se mencionan:

1.- El artículo 47 del Código Civil, al establecer impedimentos matrimoniales, advierte que tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: ... **2.º** Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, para inmediatamente amortiguar este impedimento en el artículo 48, manifestando que el Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes. Esta prohibición basada en la obligación de exogamia de los contrayentes y dispensable, relativa a impedir la celebración de matrimonio entre colaterales por consanguinidad de tercer grado puede tener sentido cuando se trate de un hombre y una mujer vinculados por este grado de parentesco.

Como advierte Lacruz³⁹⁵, “la prohibición de endogamia no tiene origen en la genética, no puede tenerlo de ningún modo por ser la prohibición anterior a esa noción,

³⁹⁵ Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil IV Familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 48.

tiene que ver con la concepción del matrimonio como vínculo de paz entre próximos y vecinos. La genética dará lugar a un muy distinto planteamiento: compatibilidad versus incompatibilidad respecto de la generación. De todas formas la exogamia se ha convertido en un bien moral y la endogamia en tabú, que se mantiene igualmente para el matrimonio entre personas del mismo sexo”.

Sin entrar a valorar el impedimento que marca el apartado primero del artículo 47 (la prohibición no dispensable de contraer matrimonio entre los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción), dado que entrar a discutir o valorar un tabú supondría una tarea más antropológica que jurídica, sí merece una crítica la visión del impedimento (en este caso dispensable) de contraer matrimonio entre *Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado*, dado que el mismo, pensado para los supuestos de tíos/as y sobrinos/as, puede tener algún sentido en el caso de una pareja heterosexual, a los efectos de evitar una descendencia potencialmente con problemas de discapacidad. Ahora bien: si esa fue la justificación para introducir en nuestra legislación el impedimento, ello puede entenderse en el caso de un tío y una sobrina, o de una tía y un sobrino, dado que estos supuestos pueden generar descendencia biológica común. Y, evidentemente, esto no sucede en el caso de que dos hombres o dos mujeres vinculados por parentesco colateral por consanguinidad hasta el tercer grado desearan contraer matrimonio, dado que en ambos supuestos no existiría descendencia biológica común de la pareja.

En este sentido, se hace necesaria una reforma del apartado segundo del artículo 47 del Código Civil, manteniendo el impedimento en el caso de las parejas heterosexuales que deciden casarse y entre sus miembros hay un parentesco colateral por consanguinidad hasta el tercer grado, pero no así en el supuesto de dos hombres o de dos mujeres. Es evidente que la dispensa que puede concederse judicialmente “*por justa causa*” convertiría en una más que justificada causa en estos casos su concesión por parte de un Juez, si bien y visto el comportamiento de algún miembro del Poder judicial en la aplicación del Código Civil tras su reforma de 2005, es conveniente que pueda zanjarse cualquier futura controversia que pudiera surgir, en caso de que fuera solicitada una dispensa por dos personas de un mismo

sexo para contraer matrimonio y por parte del Juez competente se entendiera que no existe justa causa para ello, demorando *sine die* la tramitación del expediente matrimonial.

2.- Una segunda cuestión que no se previó en la reforma de 2005 y que requiere claramente una reforma específica se encuentra en materia de filiación. La cuestión se centra básicamente en tres frentes: la presunción de paternidad, los apellidos y en tercer lugar, la maternidad subrogada. Este tercer aspecto será objeto de estudio concreto en el apartado 3.4 del presente estudio, al cuyo tratamiento y conclusiones se remite la cuestión.

A la luz del artículo 116 del Código Civil, se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. En este caso, el Código no fue reformado y continúa contemplando la heterosexualidad del matrimonio. Esto implica que en el caso de que una mujer casada con otra mujer tenga un hijo, no operará en este caso la presunción de que la esposa que no ha dado a luz a la criatura, sólo podrá acudir a la adopción del hijo de su esposa, en caso de que desee que se establezca la filiación del hijo a su favor. En palabras de Inmaculada Vivas³⁹⁶, “no se puede presumir que el cónyuge del mismo sexo de la mujer que está embarazada es también progenitora biológica de ese niño; ahora bien, se ha de reconocer que si la pretensión del legislador era eliminar cualquier tipo de discriminación respecto de las uniones homosexuales, con ese olvido, no se consiguió su intención”.

Con posterioridad a la reforma del Código Civil, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida fue también modificada por medio de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que añadió un tercer apartado a su artículo 7, haciendo que *cuando la mujer* inseminada mediante técnicas de reproducción asistida estuviere casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

³⁹⁶ Vivas Tesón, Inmaculada; *El matrimonio entre personas del mismo sexo en España*, Revista de la Comisión de Estudios Jurídicos del Gobierno del Estado de Puebla (México). 2008. Pág. 61

En este sentido, la reforma de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida cubre la posibilidad de que un matrimonio de dos mujeres que acude a una clínica de fertilidad pueda establecer la filiación conjunta de las dos esposas con respecto del hijo al que dio a luz una de ellas. El problema surge en el caso de que la inseminación no se llevase a cabo a través de un proceso clínico, sino por un proceso en que existiera un donante de esperma y la inseminación se llevase a cabo de una forma casera y sin los controles clínicos oportunos. El menor nacería en el seno de un matrimonio, no se podría acreditar en este caso el proceso clínico de inseminación artificial y únicamente quedaría a la cónyuge que no es madre biológica acudir a adoptar al hijo de su cónyuge, pero en ningún caso se determinaría la filiación de forma directa.

Por otra parte, los matrimonios formados por hombres lo tienen aún más difícil, dado que la filiación se determina por el parto, a favor de la mujer que da a luz, siendo determinado a favor de un padre (o como se ha visto, de otra madre) en un segundo momento. Por ello, la subsanación que a través de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida se llevó a cabo en 2007 es claramente insuficiente y continúa suponiendo un obstáculo para los matrimonios de personas homosexuales, siendo por ello necesario regular la cuestión, sin que se haga tan dificultosa la determinación de la filiación del hijo nacido a favor de su cónyuge.

3.- Se hace necesario también que la misma protección que se brinda en el ámbito familiar a la mujer heterosexual, ante la posible agresión que pueda sufrir por parte de su esposo o conviviente, se haga también extensible a la vida de las parejas y matrimonios homosexuales. Ante una agresión por violencia de género, la mujer cuenta con un procedimiento realmente expeditivo, tal como se ha podido comprobar en este capítulo, cuando se hace mención a la enorme aceleración que puede tener en estos casos la adopción de medidas de carácter civil, complementarias a las medidas cautelares penales que en el procedimiento seguido ante un Juzgado de Violencia contra la Mujer se puede seguir. Por el contrario, cuando en una pareja o matrimonio formado por dos personas del mismo sexo se produce un episodio de violencia entre sus miembros, debe tenerse bien presente que la pareja puede tener hijos y en este caso, la persona agredida se vería privada de las medidas

de protección con que sí cuenta la mujer heterosexual ante la agresión de su pareja o esposo y al mismo tiempo, los hijos de esta pareja homosexual no contarían tampoco con la expeditiva adopción de medidas que pretenderían su protección, adoptadas siempre atendiendo al interés superior de los menores, que sí tienen a su favor los hijos de las parejas heterosexuales. Por consiguiente, se hace necesario que de una forma lo más inmediata posible, se regule la cuestión equiparando las agresiones a la mujer en una pareja (consideradas violencia de género) a las que pueda sufrir de su pareja o cónyuge cualquier persona que mantenga a su vez una relación de pareja estable o matrimonial con una persona de su mismo sexo. Lo contrario supondrá la discriminación de trato ante una situación idéntica, de existencia de una relación estable de pareja, o bien matrimonial.

4.- Por último, debe reiterarse lo ya expuesto en el apartado anterior, respecto del matrimonio religioso que las personas homosexuales pudieran y desearan celebrar, conforme a sus propias creencias: por aplicación de lo dispuesto por el artículo 60 del Código Civil, según la redacción dada por la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria. En este sentido y respecto de un posible matrimonio canónico en el futuro, es evidente que la institución canónica tendría que contar ya de entrada con una reforma a la que tal como están las cosas, resulta dudoso que pudiera producirse fácil y prontamente. Ahora bien: tal como se ha expuesto, existe la figura histórica de la *adelfopoiesis*, *fraternitas iurata*, o bien *ordo ad fratres faciendum*. Y dado que esta figura existe y también existe una regulación canónica del juramento, que es en el fondo lo que se lleva a cabo en la celebración del rito, la Iglesia Católica bien podría admitir que se revitalice la institución y, con ello, dar cabida a las parejas homosexuales católicas en su seno. En tal caso, sería necesaria la modificación del artículo VI del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, que estableció que 1) El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio. 2) Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o

pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las Partes, dichas resoluciones eclesíásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal Civil competente.3) La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales³⁹⁷. Por consiguiente, el Acuerdo debería ser modificado en lo necesario, a fin de que las referencias que el mismo fija relativas al matrimonio se vieran también ampliadas a la *fraternitas iurata*, o bien *ordo ad fratres faciendum*, todo ello sin perjuicio de que por medio de una interpretación extensa del precepto, se pudiera ver incluida la institución en el ámbito propio del matrimonio canónico.

³⁹⁷ Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO núm. 300, de 15 de diciembre de 1979

3. LA FILIACIÓN EN EL SENO DE LAS PAREJAS HOMOPARENTALES

Históricamente, las parejas estables de personas homosexuales primero y posteriormente los matrimonios de personas del mismo sexo han tenido descendencia, con todas las dificultades que ello implicaba, pero sin que se pueda afirmar que la filiación entre parejas estables o matrimoniales homoparentales suponga una realidad inesperada, surgida en 2005, con la reforma del Código Civil, sino que históricamente han existido un gran número de parejas homosexuales cuyo núcleo familiar no sólo se constituía por la pareja, sino también por hijos criados por ambos. Socialmente, existe la creencia de que las parejas homoparentales cuentan con los mismos derechos que tienen las parejas estables o los matrimonios formados por personas heterosexuales. Sin embargo, esta afirmación es relativamente cierta a nivel jurídico entre los miembros de la unión estable o del matrimonio de dos personas homosexuales, pero esta igualdad de trato no existe en el momento en que las parejas estables o matrimonios homoparentales deciden dar el paso de tener descendencia, ya que desde ese momento se les plantean una serie de dificultades que, desde la creencia de absoluta igualdad con las parejas heterosexuales, muchas veces no tienen previstas, para finalmente encontrarse barreras que les dificultan enormemente el establecimiento de vínculos de filiación con la descendencia nacida en el seno de sus relaciones, o bien tienen que acudir a mecanismos que convierten la determinación conjunta de la filiación de los hijos de la pareja o matrimonio de personas homosexuales en un farragoso trámite que en ocasiones, puede ser largo e incluso a veces altamente desagradable.

El Derecho español ha partido históricamente de la correlación entre biología y filiación jurídica, admitiendo dos situaciones que quiebran esta relación: la primera, la adopción, que por definición y tal como más adelante se verá, parte de la inexistencia de vínculo biológico entre adoptado y adoptante, y la segunda, la filiación establecida por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, que puede suponer o no la existencia de vinculación biológica entre progenitores e hijos. Por ello es evidente que filiación

biológica existe siempre, dado que toda persona parte de un material genético femenino y masculino, mientras que la filiación jurídica no necesariamente atribuye una filiación directamente, dado que se puede desconocer la identidad del padre, de la madre, o de ambos. De ahí que desde el punto de vista jurídico se podrá establecer la filiación de una persona respecto de quien carezca de vínculo biológico con ella, a través de la adopción, o sin ir más lejos, podrá bastar el reconocimiento de la filiación a través del mero consentimiento en la aplicación de técnicas biológicas, tal como contempla el artículo 8.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Históricamente, la filiación legal se ha fundamentado en dos presupuestos biológicos³⁹⁸: el primero, que el parto determinaba la filiación materna (*mater semper certa est*³⁹⁹); el segundo, que la filiación paterna es incierta, atribuyéndose por mecanismos indiciarios como el matrimonio del hombre con la mujer, o bien el reconocimiento paterno de esa filiación. Evidentemente, estas sencillas bases no son suficientes en la actualidad, en primer lugar, ante los avances médico-biológicos, como las técnicas de reproducción humana asistida, reguladas en España por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En segundo lugar, la altísima fiabilidad que brindan actualmente las técnicas de investigación genética de la filiación, que a través del análisis del ADN de progenitores e hijo, permiten determinar con elevadísima fiabilidad la filiación entre unos y otro. En tercer lugar, porque a través de la evolución de las técnicas de reproducción asistida, se puede alcanzar la concepción con material genético de los progenitores, o no, se podrá llegar a que la gestación se desarrolle por quien finalmente tendrá determinada su favor la filiación, o no y, en definitiva, podrá aparecer una tercera persona en el proceso biológico de gestación, por medio de la denominada gestación subrogada, gestación por sustitución o vientre de alquiler, o meramente por mediar la donación de material genético en esta filiación. Y, en cuarto lugar y como indica Francisco

³⁹⁸ Martínez de Aguirre Aldaz, CARLOS: *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*. Edisofer Libros Jurídicos, S.L., Madrid, 2016. Páginas. 323-324.

³⁹⁹ Digesto, 2, 4, 5.

Rivero⁴⁰⁰, por todo ello es necesario actualmente advertir el deslinde entre la realidad biológica, la realidad social y la realidad jurídica, para poder comprender adecuadamente el fondo de la cuestión que se plantea.

Desde un punto de vista constitucional, la regulación de la filiación se construye sobre cinco principios básicos⁴⁰¹ de los que, como más adelante se descubrirá, alguno de ellos queda claramente perjudicado ante la filiación legal de las parejas del mismo sexo, sean parejas estables, o bien matrimoniales. El primero de los principios es el de igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de la filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva (artículos 14 y 39.2 de la Constitución y 108 del Código Civil). El segundo de los principios es el de verdad biológica, dado que la libre investigación de la paternidad que deberá favorecerse por la Ley (artículo 39.2 de la Constitución), que se ve a su vez concretado en el artículo 767.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se admite que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas⁴⁰². El tercero de los principios se asienta en el deber de los progenitores de prestación de asistencia de todo orden a los hijos, que se contempla en los artículos 39.2 de la Constitución y 110 del Código Civil, al regular el deber de alimentos para quienes ostenten la patria potestad sobre un hijo. El cuarto principio constitucional se encuentra en el deber de protección integral de los hijos, basada en el interés superior de los hijos, como principio rector de las relaciones paternofiliales (artículos 39.2 de la Constitución y 154.II del Código Civil). Y el quinto y último principio se encuentra en el derecho a conocer el propio origen, basado en el artículo 10 de la Constitución y 108.5 del Código Civil y 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

⁴⁰⁰ Rivero Hernández, Francisco: *¿Mater sempre certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*. Anuario de Derecho Civil, 1997-1, estudios monográficos. Páginas. 5-8.

⁴⁰¹ O'Callaghan Muñoz, Xavier: *Investigación de la Paternidad, acciones de filiación, acción de investigación de la paternidad, prueba biológica*, Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1994. Página. 10.

⁴⁰² Esta regulación procesal recoge la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero (BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO de 17 de febrero de 1994), que basándose en los principios de facilidad probatoria y de inversión de la carga de la prueba, determinaba que la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad equivalía a una *ficta confessio* del demandado.

La actual regulación española de la filiación se encuentra en los artículos 108 a 141 del Código Civil, introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que ha visto desde su entrada en vigor diversas reformas importantes, como la de la Ley Orgánica 40/1999, de 5 de noviembre, de Protección Jurídica del Menor (que reformó el sistema de adopciones y el orden de los apellidos), la Ley 20/2011, del Registro Civil (respecto de la constancia registral del nacimiento de la persona), la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. En el caso de Cataluña, la filiación viene regulada por el Código Civil Catalán, en sus artículos 235-1 a 235-52.

La regulación de la filiación parte de establecer en el artículo 108.1 del Código Civil que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. A su vez, el artículo 235-1 del Código Civil de Cataluña establece también una filiación por naturaleza o por adopción. Además de suponer una simplificación de tipos de filiación, esta concepción brindada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, adapta la filiación a los principios constitucionales, adaptaba a cuestiones técnicas, como el uso de una terminología novedosa en nuestra legislación, eliminando ya expresiones peyorativas como las categorías de filiación legítima o ilegítima, sustituyendo estas expresiones por las de hijos matrimoniales y no matrimoniales, introduciendo el principio de igualdad entre las distintas clases de filiación, permitiendo la investigación de la paternidad, siendo centro de la cuestión el interés superior del menor. Afortunadamente, de paso quedaba atrás el conjunto de categorías que además de establecer diferencias por razón de la filiación de los hijos, situaba a los mismos en situaciones de marginación absoluta, que ya el Código Civil en 1889 había reducido⁴⁰³: hijos adulterinos, sacrílegos o incestuosos. Únicamente merecen capítulo aparte la filiación por adopción o por naturaleza (matrimonial o no matrimonial) la

⁴⁰³ Falcón, Modesto: *Código Civil Español-I*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1888. Páginas. 155-142.

filiación por aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, que no necesariamente puede catalogarse directamente como filiación por naturaleza (dado que el material genético puede no corresponderse con el o los progenitores, estén casados entre sí o no)⁴⁰⁴. Asimismo, la filiación no matrimonial puede convertirse en filiación matrimonial sobrevenida, cuando los progenitores no casados en el momento del nacimiento, contraen matrimonio con posterioridad.

El Código Civil regula en sus artículos 109 a 111 los efectos comunes de la filiación⁴⁰⁵:

1.- Los apellidos de la persona quedan determinados por la filiación de cada uno de sus progenitores, de los que tomará un apellido de cada uno de ellos, con el orden que los padres designen, que deberá ser el mismo para los sucesivos hijos que nazcan en común, según dispone el artículo 49 de la Ley del Registro Civil y en caso de desacuerdo respecto del orden de los apellidos, el Juez encargado del Registro Civil será quien decida el mismo. En todo caso, a este respecto la última palabra la tendrá el hijo, pues al llegar a la mayoría de edad, podrá solicitar la alteración del orden de sus apellidos por una sola vez (artículo 109.IV del Código Civil y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de noviembre de 1994 y 17 de octubre de 1996). La cuestión también viene regulada por el Código Civil de Cataluña en idéntico sentido, en su artículo 235-2.2 y 3.

2.- Las obligaciones paternofiliales, que se derivan del artículo 110 del Código Civil y del artículo 235-2.2 del Código Civil de Cataluña: el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, está obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos. Por lo tanto, estas obligaciones se refieren tanto a padre o madre, con independencia de si la filiación es monoparental o no, derivándose los deberes de alimentos (110 y 142 del Código Civil) y el deber de velar por los hijos.

⁴⁰⁴ Gete-Alonso, M^a del Carmen y Solé Rsina, Judith: *Filiación y potestad parental*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. Página. 19.

⁴⁰⁵ Martínezde Aguirre Aldaz, CARLOS:*Op. Cit.*, Páginas. 329-331.

3.- Eventual exclusión de las obligaciones paternofiliales por exclusión de la patria potestad, conforme al artículo 111 del Código Civil, pues quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: 1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En este sentido, se establece una clara sanción para el progenitor que incurre en conductas concretas y que llega incluso a que el hijo no ostente el apellido del progenitor privado de su patria potestad y a la vez una medida de protección para el hijo y, en cualquier caso, Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos (artículo 111 *in fine* del Código Civil).

4.- De conformidad con el artículo 112 del Código Civil, la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario, y a la vez conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada.

Tal como puede advertirse, la actual regulación de la filiación en España continúa partiendo de un hecho evidente: el parto, a través del cual se determinará en todo caso la filiación a favor de la madre y en un segundo plano quedará la filiación paterna, si bien permanecen determinadas reglas de atribución, denominadas medios de determinación de la filiación. Seguidamente se repasará el contenido básico de la atribución de la filiación matrimonial y no matrimonial, para seguidamente valorar la situación con respecto de los matrimonios y parejas de personas homosexuales.

3.1. LA PERSPECTIVA LEGAL DE FILIACIÓN POR NATURALEZA EN LAS PAREJAS ESTABLES Y MATRIMONIALES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Tal como se ha advertido, el artículo 108.1 del Código Civil dispone que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial, manteniendo este mismo planteamiento, el artículo 235-1 del Código Civil de Cataluña. Seguidamente se examinará, pues, la filiación matrimonial y en segundo lugar, la filiación no matrimonial.

3.1.1. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

La filiación matrimonial es la que se da cuando los progenitores están casados entre sí, tal como regula el artículo 108.I del Código Civil. Si los progenitores ya están casados entre ellos en el momento de la concepción, se entiende legalmente que la filiación es matrimonial, si bien tanto el Código Civil, como el Código Civil de Cataluña (artículos 235-4, 5 y 6) entran en una casuística basada en determinados plazos para determinar que la filiación es matrimonial: 1) Cuando el parto se produce tras los 180 días desde la celebración del enlace matrimonial, 2) También el nacido tras 180 días tras el matrimonio, o bien el hijo extramatrimonial, desde el momento en que los progenitores contraen matrimonio, 3) El nacido tras los 300 días tras la disolución o separación legal del matrimonio. No obstante, la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 13/1005, de 1 de julio, si bien regulaba el derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales, olvidó establecer estos mecanismos en el caso de los progenitores homosexuales. Sólo en el caso de la pareja de dos mujeres, la filiación vendrá determinada por el parto, cuando una de ellas haya dado a luz a la criatura, sin que se atribuya la filiación a su esposa, en los términos expuestos. De igual manera, cuando se trate de un matrimonio de dos hombres, la filiación no se podrá atribuir en exclusiva a ninguno de ellos, conforme a las reglas del derecho español, salvo en el caso de la adopción y, aun así, tampoco operará la casuística expuesta.

Las reglas de determinación de la filiación matrimonial se ven contenidas en los artículos 115 a 119 del Código Civil, de manera que la filiación matrimonial materna y

paterna quedará determinada legalmente: 1º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2º Por sentencia firme, tratándose el primero de los supuestos como el habitual y el segundo como el caso excepcional.

En primer término, pues, madre será la mujer que según el parte médico correspondiente haya dado a luz a la criatura (*mater semper certa est*⁴⁰⁶). Esta afirmación legal (artículos 44.3 y 4.1 de la Ley del Registro Civil, en la redacción modificada por Ley15/1015) tiene a su vez claras consecuencias respecto de casos de reproducción asistida, a través de maternidad subrogada, tal como se podrá ver en el último capítulo. Por su lado, la filiación paterna se determinará a través de la presunción de paternidad del marido de la madre, según los artículos 116 del Código Civil y 44.4.III de la Ley del Registro Civil y 235-10 del Código Civil de Cataluña. Así, lo determinante respecto de la determinación de la filiación paterna y materna dependerá, pues, de la inscripción del nacimiento, junto con la del matrimonio de los padres.

Por tanto, la filiación paterna se basa en una presunción de paternidad respecto del marido, establecida en el artículo 116 del Código Civil y en el artículo 235-7 del Código Civil de Cataluña, en los términos expuestos en párrafos anteriores, respecto de los plazos en que la presunción operará. Sin embargo, esta presunción de paternidad paterna matrimonial no supondrá una absoluta garantía de veracidad en la atribución de la filiación, dado que por ello existen las acciones de impugnación de la filiación matrimonial, que ante su ejercicio, pueden conducir a la impugnación de la presunta atribución de la paternidad matrimonial⁴⁰⁷. Esta presunción no algo novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, dado que ya en Derecho romano se mantenía también este punto de vista⁴⁰⁸, con el fundamento de entender que los hijos de la mujer casada lo son también de su esposo y la base de la obligación de fidelidad matrimonial. En todo caso, esta presunción es de carácter *iuris tantum*, por lo que la filiación determinada podrá ser destruida en caso de no ser cierta, ante

⁴⁰⁶ Digesto, 2, 4, 5.

⁴⁰⁷ Gete-Alonso, Mª del Carmen y Solé Resina, Judith: Op. Cit., Páginas. 23-24.

⁴⁰⁸ “*Pater is est qui nuptiae demostrant*” (D.2.4.5.)

casos de impugnación de paternidad, o bien por la reclamación de paternidad por parte de un hombre distinto a quien se ha atribuido la paternidad.

Como ya se avanzaba, estas presunciones no operan en un matrimonio constituido por dos hombres⁴⁰⁹: la regulación atribuye la filiación a la madre, por lo que en el matrimonio de dos hombres será imposible tal cosa. En el caso de un matrimonio de dos mujeres, tampoco operará porque la madre estará casada con una mujer y ésta no podrá ser el padre del nacido. De hecho, la propia Ley 13/2005 admitía en su exposición de motivos la permanencia de una causa discriminatoria como ésta, al haberse mantenido un criterio biológico y no aplicar aquí también los criterios ideológicos de la norma que afirmó que subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales. En este sentido, también el Código Civil de Cataluña, en su artículo 235-3, declara más directamente que la determinación de la filiación se refiere expresamente al padre y sólo en caso de fecundación asistida, a la esposa de la mujer que es madre mediante estas técnicas: La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre. Este mismo criterio es el que ya apareció en la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tras la reforma de su artículo 7.3, llevada a cabo por la Ley 3/2007, de 15 de marzo: Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

También el Código Civil establece en su artículo 119 que la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación

⁴⁰⁹ Gete-Alonso, M^a del Carmen y Solé Resina, Judith: Op. Cit., Páginas. 22-23.

quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente y también Lo anterior aprovechará, en su caso, a los descendientes del hijo fallecido. También en este otro caso de filiación matrimonial sobrevenida⁴¹⁰, los matrimonios homosexuales no contarán con la posibilidad de aprovechar el mecanismo.

La presunción *iuris tantum* de filiación matrimonial ya comentada, hace que el ordenamiento prevea la posibilidad de ejercer las denominadas acciones de filiación cuyo objeto se encuentra en la obtención de un pronunciamiento judicial que declare una filiación concreta o bien negando la ya establecida a través de la presunción legal, tal como ya se ha avanzado. La regulación de estas acciones obliga a ver simultáneamente el contenido del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El único límite objetivo que se impone por el artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentra en que exista una sentencia firme por la que se haya determinado la filiación, en cuyo caso y por aplicación del principio de cosa juzgada, los tribunales rechazarán la demanda, o bien el Tribunal ordenará el archivo del proceso, si se acreditase la existencia de esta sentencia una vez ya iniciado el proceso.

El artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil advierte que en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde, tratando de evitar con ello demandas temerarias o caprichosas. No obstante esta obligación no opera en Cataluña, por aplicación del artículo 235-15 de su Código Civil, dado que expresamente advierte de la no necesidad de presentar ningún principio de prueba con la demanda. En todo caso, el Tribunal Supremo atenúa esta obligación de procedibilidad, debiéndose por ello llevara a cabo un control de razonabilidad de la demanda, tal como apuntaba en sus Sentencias de 3 de diciembre de 1991, 20 de octubre de 1993, 3 de septiembre de 1996, o 18 de mayo de 2000.

En materia de práctica probatoria, será admisible todo tipo de prueba, incluidas las pruebas biológicas (artículo 767.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y también 235-15.2

⁴¹⁰ Martínezde Aguirre Aldaz, Carlos: Op.Cit., Páginas. 341-357.

del Código Civil de Cataluña), entendiendo por aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 27 de junio de 1987, 4 de febrero de 1993 o 14 de enero de 1994), que la negativa a la práctica de la prueba biológica implica una *ficta confessio* del demandado, recogándose este punto de vista en el apartado cuarto del artículo 767, por el que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios. Asimismo y Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo⁴¹¹.

En el ejercicio de las acciones de filiación, la legitimación pasiva, si no hubieran interpuesto la demanda las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos, según dispone el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en idéntico sentido, el artículo 235-16 del Código Civil de Cataluña. En todo caso, según el criterio del Tribunal Supremo, será necesario el nombramiento de defensor judicial al demandado menor de edad, ante la existencia de un conflicto de intereses entre ambos progenitores (Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1997 y 4 de marzo de 2003)⁴¹²

Asimismo, ante el ejercicio de acciones de filiación, será posible la adopción de medidas cautelares que contemplan tanto el artículo 237-15 del Código Civil de Cataluña, como el artículo 768 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como

⁴¹¹ Martínez de Aguirre, Carlos, Op. Cit., página 358.

⁴¹² Mayor del Hoyo, María Victoria: *Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)*. Anuario de Derecho Civil, 1998-II, páginas. 919-936

progenitor. En este sentido, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el apartado anterior, todo ello a través de un proceso contradictorio, previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas, si bien cuando concurren razones de urgencia, se podrán acordar las medidas sin más trámites, y el Secretario judicial mandará citar a los interesados a una comparecencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes y en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el Tribunal lo que proceda por medio de auto.

Las acciones relativas a la filiación matrimonial son dos: la de reclamación de la filiación matrimonial y la de impugnación de la filiación matrimonial. La acción de reclamación de la filiación matrimonial tiene por objeto la determinación de una filiación mediante una sentencia judicial, mientras que la de impugnación pretende destruir la atribución de la filiación de una persona, respecto de su padre o madre.

La legitimación activa en el ejercicio de la acción dependerá de si existe o no posesión de estado: si la hay, podrá ejercitar la acción cualquier persona con interés legítimo (por tanto, el padre, la madre y el hijo –artículo 131.1 del Código Civil-), salvo que se trate de que la filiación reclamada contradiga otra ya determinada legalmente y en tal caso deberán ejercitarse conjuntamente las acciones de impugnación de filiación y de reclamación de filiación (artículo 131.II del Código Civil). Esta posible acumulación de acciones se contempla expresamente en los artículos 134 del Código Civil y 235-22 del Código Civil de Cataluña. La misma amplitud en la legitimación activa se encuentra también en el artículo 235-20 del Código Civil de Cataluña.

Cuando no exista posesión de estado, la legitimación activa corresponde solamente al padre, la madre y al hijo (artículo 132 del Código Civil). En el caso del Código Civil, el plazo de ejercicio de la reclamación matrimonial es imprescriptible (artículo 132.I del Código Civil), que se reduce a un año cuando la acción la ejercitan los herederos del hijo que antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, siendo este plazo de caducidad. En el caso del Código Civil de Cataluña, el plazo de un año se amplía a dos años, si la acción la ejercitan los descendientes o los herederos de los hijos, iniciándose el

plazo desde el descubrimiento de las pruebas en que se funde la reclamación (artículo 235-20 del Código Civil de Cataluña)⁴¹³.

Cabría plantearse si en virtud del principio de verdad biológica y en el caso de un matrimonio de dos mujeres, la filiación podría reclamarse por esta vía para la esposa de una mujer gestante de un embrión, generado a través de un óvulo de su cónyuge, tras el nacimiento del hijo. Este supuesto podría plantearse en el caso de que la donación de óvulo se hubiera producido sin cumplir los requisitos exigidos por la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, o bien en el caso de que el matrimonio se hubiera celebrado tras el nacimiento del hijo. Y en este caso, se plantearía una paradoja realmente curiosa: legalmente, la madre sería quien dio a luz al niño, sin discusión alguna, tal como se ha visto. En segundo lugar, la reclamación de filiación por parte de la cónyuge de esta madre debería tener una clara acogida favorable a través de los Tribunales, dado que la verdad biológica quedaría claramente a salvo al poder ser demostrada sin mayores problemas. Y, evidentemente, lo que correspondería en este caso sería la declaración de filiación matrimonial y conjunta de ambas mujeres (casadas entre sí), sin más. Por ello, debe entenderse innecesario el ejercicio simultáneo de las acciones de impugnación de maternidad y de reclamación, pues no se pretende eliminar la determinación de filiación ya establecida, sino añadir la determinación de la filiación materna de quien aportó su material genético para la gestación del hijo. Sin embargo, no podría acudir a reclamar en un caso análogo el marido del padre del niño nacido, dado que en ese caso, el hijo contaría con la filiación atribuida a un padre y a una madre y el ejercicio de la acción de reclamación de filiación supondría únicamente apartar a quien ya está reconocido como padre de la filiación determinada, sustituyéndolo en este caso por quien hubiera ejercitado la acción de reclamación de filiación⁴¹⁴.

⁴¹³ Fernando Gascón Inchausti: *Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación*. Tribunales de Justicia, 2000-12, pp. 1327-1332

⁴¹⁴ Gete-Alonso, M^a del Carmen y Solé Resina, Judith: Op. Cit., Página. 58

En segundo lugar, cabe también la impugnación de la filiación matrimonial, en virtud de lo dispuesto por los artículos 136 y 137 del Código Civil y 235-23, 24 y 25 del Código Civil de Cataluña. A la vez, el artículo 138 del Código Civil y 235-27 del Código Civil de Cataluña regulan la acción de la impugnación matrimonial determinada por el reconocimiento, derivada de vicios del consentimiento en el acto de reconocimiento, constituyendo una impugnación del título en cuya virtud se determinó la filiación y no propiamente una impugnación de la filiación en sí misma. Por lo que se refiere a la impugnación de la paternidad, el Código Civil diferencia entre la impugnación por parte del marido y la impugnación llevada a cabo por el hijo. Así, el artículo 136 del Código Civil, de forma que el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil⁴¹⁵. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero. 2. Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento. El plazo es de caducidad para el Código Civil, por lo que no cabrá posibilidad de interrupción y si el marido fallece antes de transcurrido el plazo antes señalado, la acción corresponderá a cada heredero y fallecido el esposo sin conocer el matrimonio, el año contará desde que sí lo conozca el heredero (artículo 136.1 del Código Civil). También en este caso, el Código Civil de Cataluña amplía el plazo a dos años, en el artículo 235-23. El hijo también podrá impugnar la paternidad durante el año siguiente a la inscripción. Si fuera menor o no tuviera plena capacidad, el plazo se contaría desde su mayoría de edad o desde la recuperación de la capacidad (artículo 137.1.I del Código Civil y 235-5 del Código Civil de Cataluña), pudiendo también ejercitar la acción la madre o bien el Ministerio Fiscal, en interés del menor. Si el hijo conociera la incerteza de la filiación determinada con posterioridad al plazo referido, el plazo de un año comenzará a contar desde el momento en que conozca el hecho. Asimismo, en caso de falta de

⁴¹⁵ Fernando Gascón Inchausti: Op. Cit., páginas. 1330-1332

relaciones familiares e inexistencia de posesión de estado, la demanda podrá interponerse en cualquier tiempo, sin sujeción a plazo alguno (artículo 137.4 del Código Civil). Por lo que respecta a la legitimación de la madre para impugnar la paternidad, en el Código Civil no le concede tal posibilidad, salvo que se trate de ejercerla en interés del hijo menor y en representación de éste. No es así en el caso ya citado del Código Civil de Cataluña, que sí otorga a la madre legitimación activa al efecto.

Será también posible la impugnación de la maternidad, conforme al artículo 139 del Código Civil, justificando la suposición del parto o que la identidad del hijo no sea cierta. También el artículo 235-29 del Código Civil de Cataluña confiere esta facultad a la madre, por un plazo de dos años desde el conocimiento de las pruebas en que funde su acción. Si bien el Código Civil no reconoce a la madre la legitimación activa para la impugnación de su maternidad, se entiende razonable reconocerle legitimación activa para ejercitar la acción, habida cuenta la amplitud con que el regula la legitimación activa para la maternidad no matrimonial el artículo 140 Cc⁴¹⁶

3.1.2. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

La filiación no matrimonial es la que procede de progenitores no casados entre sí, ni en el momento de la concepción, ni tampoco en el momento del parto, ni tampoco con posterioridad. La filiación no matrimonial podrá estar determinada respecto de uno de los progenitores, o bien respecto de ambos.

Según el artículo 120 del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 19/2015, de Jurisdicción Voluntaria, la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro

⁴¹⁶ Martínez de Aguirre, Carlos, Op. Cit., página 362.

Civil.2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.3.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.4.º Por sentencia firme.5.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil. En un idéntico sentido se expresa el artículo 235-9 del Código Civil de Cataluña. De esta forma cabrá hablar de⁴¹⁷:

1.- Filiación paterna por declaración en formulario oficial: En este caso, el Código Civil se refiere a lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley del Registro Civil, que obliga a que esta declaración se lleve a cabo en las setenta y dos horas posteriores al nacimiento (cuando éste se produzca en establecimiento sanitario) y diez días (si el nacimiento se produce fuera de establecimiento sanitario o cuando por cualquier causa no se hubiera remitido el documento oficial).

En caso de no respetarse dichos plazos y deber practicarse la inscripción fuera de los mismos, la inscripción deberá practicarse en virtud de resolución dictada en expediente registral (artículo 47.3 de la Ley del Registro Civil y 120.3º del Código Civil). La paternidad no podrá establecerse por esta vía, si es contraria a la presunción de paternidad del marido de la madre y en ese caso se practicará la inscripción del nacimiento de forma inmediata, sólo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna (artículo 44.4 de la Ley del Registro Civil).

El supuesto en sí queda restringido al supuesto de una filiación en una pareja heterosexual, pues la mera declaración del cónyuge del padre en formulario oficial no bastaría para determinar a su favor la filiación, ni tampoco de la esposa de la madre, salvo lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tal como ya se ha expuesto.

⁴¹⁷ Martínez de Aguirre, Carlos, Op. Cit., página 342-344.

2.- Filiación paterna no matrimonial determinada mediante expediente registral: en virtud de lo dispuesto por el artículo 44.7 de la Ley del Registro Civil, se podrá inscribir la filiación, previa tramitación de expediente registral por parte del Encargado del Registro Civil, en tres situaciones: a) Que exista escrito indubitado del padre o de la madre que reconozca la filiación. b) Que el hijo se halle en posesión de estado del progenitor, acreditada con actos directos del progenitor o de su familia. Y c) En cuanto a la madre, cuando se pruebe el parto y la identidad del hijo. Estos expedientes tendrán carácter de expediente no contradictorio, pues si existiera controversia, esto supondría la necesidad de iniciar un proceso judicial en ejercicio de acciones de estado civil, según los artículos 749 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tampoco en este caso cabría determinar la filiación no matrimonial en una pareja estable homosexual, si bien sería lógica su aplicación, lo cual permitiría recabar declaraciones de quien desee tener determinada la filiación a su favor, incluyendo la demostración de la posesión de estado de padre/madre e hijo.

3.- Filiación determinada a favor de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil (artículo 120.5 del Código Civil): la identidad de la madre deberá haberse comprobado por el facultativo que hubiera asistido el parto (artículo 44.3 de la Ley del Registro Civil), por lo que junto al documento oficial de inscripción, se adjuntará el correspondiente parte facultativo en que constará la identidad de la madre y únicamente en el supuesto de menores abandonados o no inscritos (artículo 48 de la Ley del Registro Civil), en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se dejará constancia de la filiación materna, si bien la Ley del Registro Civil advierte en sus artículos 44.4.II y 49.4 la posible renuncia de la madre a ejercer los derechos derivados de la filiación, constando en ese caso como dato reservado la identidad de la mujer, sin que ello pueda conducir a un supuesto de parto anónimo, proscrito en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999⁴¹⁸.

⁴¹⁸ Roj CENDOJ: STS 5672/1999 - ECLI:ES:TS:1999:5672, Id Cendoj: 28079110011999101561.

4.- La determinación de la denominada filiación incestuosa (artículo 125 del Código Civil) en que los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz y, así, alcanzada por éste la plena capacidad, podrá, mediante declaración auténtica invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido. Con ello se pretende la protección del menor o incapaz del perjuicio social que podría suponer la constancia de la filiación real de la persona.

5.- Determinación de la filiación paterna mediante reconocimiento o declaración por la que se reconoce la filiación paterna o materna respecto de otra persona, que tendrán como consecuencia los efectos legales propios de la condición de padre o madre. Se tratará de una declaración de ciencia que presupone la veracidad de su contenido y con unas características concretas⁴¹⁹: será unilateral, personalísima (incluso cuando se realice por medio de apoderado y respecto de una determinada filiación en concreto, por lo que el mismo otorgamiento del poder ya se entiende declaración personalísima), irrevocable (pues se refiere a un derecho de filiación no susceptible de revocación), retroactiva (pues remite sus efectos no sólo al momento del parto, sino también al momento de la concepción), pura (no admitiendo condición, término o modo) y formal (artículo 120.1 del Código Civil, aunque en algunos casos se admitan reconocimientos no formales o incluso tácitos –ex artículos 117 del Código Civil, o 767.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Los mismos requisitos de capacidad y del reconocimiento en sí se establecen en el Código Civil de Cataluña, en sus artículos 235-11 y 12. Se admite, por tanto, la existencia de la certeza en la relación biológica entre quien realiza la declaración y el nacido, sin ser necesario acreditar formalmente esta cuestión, de manera que el Registro Civil no tiene facultad para indagar en dicha certeza y no pudiendo tampoco rechazar, sin más, la inscripción marginal

⁴¹⁹ Gete-Alonso, M^a del Carmen y Solé Resina, Judith: Op. Cit., Páginas.33-34.

en el Registro Civil⁴²⁰ de un eventual reconocimiento de complacencia de la paternidad, tal como el Tribunal Supremo ha establecido como doctrina jurisprudencial en su Sentencia de 15 de julio de 2016: *“El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica”*

Esta declaración queda también vedada a los supuestos en que no exista un padre y una madre, por lo que la posible determinación de la filiación por esta vía a las parejas homosexuales será claramente inviable. Según Francisco Rivero⁴²¹, sería necesario acotar y limitar los reconocimientos de complacencia, por diversos motivos: porque trastoca los conceptos de filiación y de reconocimiento como forma de determinación de la filiación, ya que los trastoca y confunde; porque puede conducir a fraudes, a través de otorgar un casi ilimitado contenido a la autonomía de la voluntad en la materia; porque a través del reconocimiento, se esquivan normas imperativas, como las de determinación de la filiación por adopción; porque del reconocimiento de complacencia puede resultar un perjuicio para el progenitor biológico, cuando éste no tenga la posibilidad de ejercer acciones de filiación; y, finalmente, porque no se tiene en cuenta el interés del hijo, llegando incluso a prescindir de él, ante el consentimiento de la madre, contando únicamente con límites ante el reconocimiento de la filiación del mayor de edad únicamente.

Tal como indica M^a del Carmen Gete⁴²², el tema no es baladí, dado que con carácter general, el reconocimiento de complacencia no se podrá impugnar sin más, sino que deberá acudir a la acción de impugnación de la filiación (artículo 135 y 140 del Código civil), o bien la de impugnación del reconocimiento por vicio, error o intimidación (artículo 141 del Código civil). En el caso de Catluña, los artículos 235-23 a 235-26 y 235-28 y 29

⁴²⁰ Díez-Picazo Ponce de León, Luis: *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990. Página. 345.

⁴²¹ Rivero Hernández, Francisco: *Los reconocimientos de complacencia. Con ocasión de unas sentencias recientes. Anuario de Derecho Civil, n° LVIII-3, 2005, páginas. 1049-1113.*

⁴²² Gete-Alonso, M^a del Carmen y Solé Resina, Judith: *Op. Cit.*, Páginas. 40-42

contemplan la impugnación del reconocimiento de la paternidad en que junto a la impugnación por error, violencia, intimidación o dolo, se contempla también el reconocimiento en fraude de ley.

El reconocimiento podrá proceder de uno de los progenitores, o de ambos, conjunta o separadamente, con un límite impuesto por el artículo 122 del Código Civil en este caso, pues cuando un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente. En todo caso, el consentimiento deberá ser prestado por quien tenga capacidad natural y asimismo cuente con edad para contraer matrimonio, pues en caso contrario, se requerirá el consentimiento judicial y el beneplácito del Ministerio Fiscal (artículo 121 del Código Civil).

Podrá reconocerse a cualquier persona respecto de la que no se hubiera determinado una filiación contradictoria con la que resultaría del reconocimiento (artículo 113 in fine del Código civil), por lo que será posible reconocer la filiación de una persona, si su filiación materna o paterna no está determinada, o bien si sólo una de ellas está determinada y en ese caso, el reconocimiento sólo podrá referirse a la no determinada, pues si la intención es determinar una filiación diferente a la ya determinada, en ese caso sólo se podrá llevar a cabo a través de la impugnación judicial. Cabrá, pues, el reconocimiento de la filiación respecto del nasciturus (artículos 29 y 122 del Código Civil), como también del ya fallecido (artículo 126 del Código Civil) en supuesto de que así lo acepten sus descendientes o su representantes legales.

El Código Civil establece también reglas concretas para el reconocimiento de la filiación en casos especiales, como el caso del reconocimiento de la filiación de un hijo mayor de edad, que no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito (artículo 123 del Código Civil), o bien cuando se trate de reconocer a un menor o un incapaz, lo que requerirá el consentimiento de su representante legal o bien la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal (artículo 124.1º del Código Civil). Únicamente cuando el reconocimiento se lleve a cabo a través de testamento, o bien en el plazo fijado para inscribir el nacimiento, en cuyo caso la madre podrá suspender el expediente de

reconocimiento y el padre deberá obtener la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal (artículo 124.2º del Código Civil).

El reconocimiento de la filiación queda también sujeto a unos requisitos formales⁴²³ que establece el artículo 120.2 del Código Civil, al exigir que el reconocimiento se recoja ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en documento público. El reconocimiento ante el encargado del Registro Civil podrá efectuarse *en cualquier tiempo*, pero si lo es fuera de los plazos legales, la inscripción requerirá el consentimiento materno, del representante legal del menor o bien del propio hijo mayor de edad, o bien tuviera modificada su capacidad por sentencia judicial, todo ello según como disponen los artículos 44.7 de la Ley del Registro Civil, 124 y 123 del Código Civil.

En el supuesto de un reconocimiento testamentario, éste podrá ser tanto notarial, como cualquier otro tipo de testamento admitido por la Ley y la declaración del reconocimiento de filiación no decaerá, en virtud de la irrevocabilidad de la declaración, aun en el caso de que se revocase posteriormente el testamento otorgado (artículos 120.2 y 741 del Código Civil). En caso de que el reconocimiento se efectúe por documento público, a tenor de lo que dispone el artículo 186.1 del Reglamento del Registro Civil, tendrán la consideración de documento público a estos efectos la escritura pública notarial, el acta civil de celebración del matrimonio de los progenitores, el expediente de inscripción fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación.

Tal como ya se advirtió anteriormente, el reconocimiento de la filiación es un medio de determinar la filiación de una persona, pero no de acreditación indubitada de la veracidad de las manifestaciones en que se lleva a cabo el reconocimiento, motivo por el cual ya se ha observado cómo Rivero⁴²⁴ pone en tela de juicio la determinación de la filiación por mero reconocimiento. Cabrá, por tanto, será posible impugnar la filiación mediante diversas acciones en que se pone en tela de juicio tanto si la filiación que se ha

⁴²³ Gete-Alonso, M^a del Carmen y Solé Resina, Judith: Op. Cit., Páginas 23-26.

⁴²⁴ Rivero Hernández, Francisco: *Los reconocimientos de complacencia. Con ocasión de unas sentencias recientes. Anuario de Derecho Civil, n^o LVIII-3, 2005, páginas. 1049-1113.*

reconocido es concordante con la verdad biológica, o bien si el reconocimiento mismo es o no válido y eficaz (artículo 138 del Código Civil). Carecerá de eficacia y validez cuando el reconocimiento no se ajuste a las formalidades antes expuestas (artículos 121, 123 o 124 del Código Civil). La acción de impugnación del reconocimiento por error, violencia o intimidación en el consentimiento viene regulado en el artículo 141 del Código Civil, con un plazo de caducidad en su ejercicio de un año desde el reconocimiento, o bien desde que cesó el vicio del consentimiento, pudiendo ser ejercitada la acción por los herederos de quien hubiera reconocido la filiación, en el plazo de un año desde el fallecimiento. Esta impugnación se podrá referir tanto a la filiación matrimonial, como también a la no matrimonial, siempre, eso sí, que los vicios del consentimiento hubieran sido determinantes del reconocimiento. En el caso de los reconocimientos denominados *de complacencia*, es evidente que no cabrá su impugnación por vicios del consentimiento, dado que difícilmente se podrán predicar del mismo, por lo que sí será posible la impugnación de la filiación por la acción de impugnación de la filiación, tal como apunta la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 2016.

La filiación no matrimonial no se basará, pues, en ninguna presunción, como sí sucede en el caso de la filiación matrimonial, sino que como se ha visto, se basará en el reconocimiento de esta filiación. Esto conduciría a que puedan ser ejercitadas diversas acciones relativas a la filiación no matrimonial: la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, la acción de impugnación de la filiación no matrimonial y la acción de impugnación del reconocimiento realizado por error, violencia o intimidación. Rige aquí también el contenido del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El único límite objetivo que se impone, pues, por el artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentra en que exista una sentencia firme por la que se haya determinado la filiación, en cuyo caso y por aplicación del principio de cosa juzgada, los tribunales rechazarán la demanda, o bien el Tribunal ordenará el archivo del proceso, si se acreditase la existencia de esta sentencia una vez ya iniciado el proceso.

También deberá advertirse aquí artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil mantiene que en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación

de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde, tratando de evitar con ello demandas temerarias o caprichosas. No obstante esta obligación no opera en Cataluña, por aplicación del artículo 235-15 de su Código Civil, dado que expresamente advierte de la no necesidad de presentar ningún principio de prueba con la demanda. En todo caso, el Tribunal Supremo atenúa esta obligación de procedibilidad, debiéndose por ello llevara cabo un control de razonabilidad de la demanda, tal como apuntaba en sus Sentencias de 3 de diciembre de 1991, 20 de octubre de 1993, 3 de septiembre de 1996, o 18 de mayo de 2000.

En materia de prueba, será también admisible la práctica de todo tipo de medio probatorio, incluidas las pruebas biológicas (artículo 767.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y también 235-15.2 del Código Civil de Cataluña), entendiéndose por aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 27 de junio de 1987, 4 de febrero de 1993 o 14 de enero de 1994), que la negativa a la práctica de la prueba biológica implica una ficta confessio del demandado, recogiendo este punto de vista en el apartado cuarto del artículo 767, por el que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios. Asimismo y Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.

En el ejercicio de las acciones de filiación, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos, según dispone el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en idéntico sentido, el artículo 235-16 del Código Civil de Cataluña. Según el Tribunal Supremo, será necesario el nombramiento de defensor judicial al demandado menor de edad, ante la existencia de un conflicto de

intereses entre ambos progenitores (Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1997 y 4 de marzo de 2003), por imperativo del artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴²⁵

Asimismo, ante el ejercicio de acciones de filiación, será posible la adopción de medidas cautelares que contempla el artículo 768 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor. En este sentido, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el apartado anterior, todo ello a través de un proceso contradictorio, previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas, si bien cuando concurren razones de urgencia, se podrán acordar las medidas sin más trámites, y el Secretario judicial mandará citar a los interesados a una comparecencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes y en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el Tribunal lo que proceda por medio de auto.

La acción de reclamación de la filiación no matrimonial se regula por los artículos 131, en caso de que exista posesión de estado, y 133 en el supuesto de que no existiera. En el caso de Cataluña, el artículo 235-21 del Código Civil catalán se encarga de la cuestión, sin establecer diferencias entre que existiera o no posesión de estado. En el supuesto de que sí existiera posesión de estado, la acción de reclamación de filiación atribuye la legitimación activa a cualquier persona con interés legítimo (artículo 131 del Código Civil). En el caso de que efectivamente medie posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida y si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos (artículo 133.1 del Código

⁴²⁵ Mayor del Hoyo, María Victoria: *Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)*. Anuario de Derecho Civil, 1998-II, páginas. 919-936

Civil). Asimismo y en virtud del artículo 132.2 del Código Civil, igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación. Esta acción no será transmisible a los herederos quienes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida.

La acción de impugnación de la filiación no matrimonial queda regulada por el artículo 140 del Código Civil y por el artículo 235-26 del Código Civil de Cataluña. El Código Civil establece también diferencias para los supuestos de que exista o no posesión de estado, de forma que cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquéllos a quienes perjudique (artículo 140.1 del Código Civil), tratándose de una acción imprescriptible⁴²⁶. Por el contrario, cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente. En todo caso, el plazo será menor, ya que los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de alcanzar la mayoría de edad o de recobrar capacidad suficiente a tales efectos.

Por último, según se ha avanzado ya, tanto el artículo 141 del Código Civil, como el artículo 235-27 del Código Civil de Cataluña, se refieren a la acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año, viéndose ampliado este plazo en Cataluña a dos años en el caso de consentimiento prestado con falta de capacidad. Evidentemente, la impugnación del reconocimiento de la filiación no matrimonial, derivada de vicios del

⁴²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, AP de Cáceres (Sección 1ª), de 3 de marzo 2016, rec. nº 99/2016. Id Cendoj: 10037370012016100112

consentimiento en el acto de reconocimiento, constituyendo una impugnación del título en cuya virtud se determinó la filiación y no propiamente una impugnación de la filiación en sí misma.

3.1.3. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN RESPECTO DE MATRIMONIOS O PAREJAS ESTABLES DE PERSONAS HOMOSEXUALES: CONCLUSIONES A MODO DE CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y PROPUESTA DE “LEGE FERENDA”

Tal como se puede deducir y así se ha avanzado anteriormente, al examinar la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, así como a través de los dos apartados anteriores inmediatos, quedan claras varias cosas: la primera, que la admisión de que dos personas de un mismo sexo pudieran casarse entre sí supuso un gran paso en la eliminación de una clara discriminación de sus núcleos familiares respecto de las parejas heterosexuales: desde la reforma del Código Civil de 2005, las personas homosexuales contaban finalmente con la opción de casarse con personas de su mismo sexo, igual que así ya la tenían las personas heterosexuales para poder contraer matrimonio con otras personas heterosexuales.

La segunda cuestión es que si bien el legislador tuvo una clara conciencia de evitar discriminación a las parejas homosexuales que desde entonces podrían casarse, lo cierto es que olvidó contemplar en su total extensión las necesidades jurídicas de una familia que para su constitución partiese de una pareja estable o de un matrimonio formado por dos personas de un mismo sexo.

Y, la tercera, que como consecuencia de ese olvido, las parejas y matrimonios homosexuales que decidieran tener descendencia se verían a la vez introducidas en una nueva espiral discriminatoria, de la que tendrían grandes dificultades en poder salir, sin antes tener que pasar por un proceso inacabable que en el mejor de los casos los conduciría a un proceso de adopción. Es decir, un proceso judicial, que bien podría haberse suplido con la tramitación de un expediente gubernativo ante el Registro Civil de fácil y rápida

tramitación, como sucede a toda filiación monoparental, o bien a la determinación a favor de una pareja heterosexual de la filiación de un hijo recién nacido. Y todo ello, debiendo a su vez tener en consideración que salvo la filiación materna, que debe ser demostrada por medio del correspondiente informe médico oficial, la filiación paterna puede incluso no ser cierta, tal como anteriormente se ha manifestado.

En la actualidad se ha de partir de la regulación vigente en materia de filiación por naturaleza (artículos 108 a 141 del Código Civil y 235-1 a 235-29 del Código Civil de Cataluña), así como de filiación adoptiva (artículos 175 a 180 del Código Civil y 235-30 a 235-33 del Código Civil de Cataluña y Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional) y la regulación de las técnicas de reproducción asistida, reguladas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Surgen de este conjunto normativo muchos problemas para la determinación de la filiación por naturaleza para las parejas homosexuales, bien en pareja estable o matrimonial. La actual legislación en materia de filiación mantiene el esquema de la filiación por naturaleza de las parejas heterosexuales, tal como ha podido verse en los apartados anteriores y pese a la reforma del Código Civil que se llevó a cabo por la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, ha faltado una vez más la necesaria voluntad política para poder aclarar situaciones y dar así una necesaria armonía a la cuestión de la filiación. La posibilidad de que dos personas homosexuales casadas pudieran adoptar quedaba abierta a través de la reforma del Código Civil, de la Ley 13/2005 y ya con anterioridad, la Ley Foral Navarra 5/2002, de Parejas de Hecho, la Ley vasca 2/2003, de Parejas de Hecho y en Cataluña, la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Modificación del Código de Familia, permitieron a las parejas de hecho homosexuales adoptar conjuntamente. Con posterioridad, la reforma de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, llevada a cabo por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, permitió que la esposa de la mujer que iba a ser madre mediante técnicas de reproducción asistida viera determinada a su favor la filiación del hijo de su esposa, mediante reconocimiento ante el Registro Civil,

cumpliendo determinados requisitos. En todo caso, apunta Pilar Benavente⁴²⁷, al referirse a la forma en que fue introducida esta modificación mediante la disposición adicional de una Ley que poco tenía que ver con la cuestión, que causa la misma extrañeza ver incorporada una alteración de tal enjundia y transcendencia en materia de filiación, en una Ley como la Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que si se hubiera incorporado subrepticamente en la Ley General de Presupuestos del Estado. Así, excepto estas posibilidades, la legislación no ha entrado a otorgar a las parejas de hecho o matrimoniales homosexuales los mecanismos que sí tienen las parejas heterosexuales y que se han podido ver con anterioridad, para determinar la filiación por naturaleza de sus hijos.

En primer lugar, ya se ha podido ver que cuando una mujer casada con un hombre tiene un hijo, el hecho de que este hijo nazca estando casada su madre, implicará directamente que respecto a su esposo opere una presunción de paternidad que alcanzará incluso al hijo nacido inmediatamente tras la celebración de la boda, llegando incluso más allá de la propia existencia del matrimonio, en los supuestos de separación, divorcio o nulidad (artículos 116, 117 y 118 del Código Civil), bastando incluso el consentimiento de ambos cónyuges, en el supuesto de que exista separación de los progenitores. Si se parte de que el Código Civil tiene en cuenta todas estas formas de determinación de la filiación matrimonial exclusivamente para la filiación por naturaleza, en su más estricto sentido y a favor únicamente de los matrimonios de parejas heterosexuales, resultará comprensible que las parejas homosexuales casadas cuenten con dificultades añadidas para ver determinada la filiación conjunta a su favor, de una forma directa y automática como las descritas. Tal como ya se advirtió con anterioridad, la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, pensaba únicamente en abrir la relación matrimonial estricta a la pareja homosexual y no en unas consecuencias filiativas, cosa que ya dejaba clara en su exposición de motivos, afirmando que tras la aprobación de la norma, subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118

⁴²⁷ Benavente Moreda, Pilar, *La Filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual*, Anuario de Derecho Civil, Tomo LXIV, 2011 fasc. 1, página 84.

del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales, sin posibilidad alguna por el momento de aplicar las presunciones para determinar la filiación matrimonial que sí se aplican en el caso de un matrimonio de personas heterosexuales.

Cierto es que los matrimonios de dos hombres, hoy por hoy, difícilmente podrán tener descendencia natural directamente, dado que biológicamente un hombre no podrá gestar ni ser engendrado por su marido. En cambio, no sucederá igual en el caso de dos mujeres casadas, que si bien una de ellas no podrá fecundar los óvulos de su esposa, cualquiera de ellas sí podrá obtener la fecundación de sus propios óvulos, mediante una fecundación asistida clínica, o bien por autofecundación por medio de obtención de espermatozoides de un hombre o por relación sexual con éste, o bien podrá obtener la implantación de un embrión, mediante técnicas de reproducción asistida. Ahora bien: tal como ya se ha comentado, la referencia a la determinación de una filiación conjunta al matrimonio de dos mujeres, que se admite por el artículo 7 de la Ley 14/2006, se puede decir que fue una *rara avis*, al ser introducida en la norma en 2007, un año después de su aprobación inicial, en la que existió un gran número de enmiendas a la redacción de los artículos 6 a 8, que ya entonces solicitaban la referencia genérica al término *cónyuge* y no a las concreciones de marido, esposo o esposa⁴²⁸, viéndose rechazadas todas ellas, haciéndose inviable hasta marzo de 2007 la posibilidad de que la mujer inseminada viera determinada la filiación del hijo nacido a favor de su cónyuge, cuando fuera otra mujer.

Por otra parte, deben ser aquí mencionadas las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014⁴²⁹, que determinan la filiación por naturaleza en una pareja de dos mujeres aplicando esencialmente el artículo 131 del Código Civil, en relación al artículo 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En este sentido, ambas sentencias concluyen que el principio de verdad biológica debe ceder ante otras realidades, como la aplicación de las técnicas de

⁴²⁸ Enmiendas nº 22 (del Grupo de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya), nº 33 (de Esquerra Republicana de Catalunya, en cuanto al Congreso de los Diputados, así como nº 13 (Entesa Catalana de Progrès)

⁴²⁹ R.J. Ar. 2013/7566 y R.J.Ar. 2014/1265

reproducción humana asistida y la voluntad procreacional, como elementos decisivos para la creación del parentesco⁴³⁰. La primera de las Sentencias mencionada lleva el alcance de la legitimación activa en la reclamación de filiación, con base en el artículo 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en un supuesto en que un matrimonio de dos mujeres se divorció, sin haber obtenido respecto de dos de las tres hijas habidas durante el matrimonio, la esposa a cuyo favor no estaba determinada la filiación de las dos hijas, solicitó dicha determinación, argumentando que la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se efectuó con su consentimiento y constante matrimonio y a la vez existía una posesión de estado que le permitía el ejercicio de la acción de reclamación de filiación. Los tres argumentos jurisprudenciales para acceder a lo solicitado pasan por 1) El consentimiento de ambas cónyuges en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en una de ellas, ya estando casadas; 2) La concurrencia de interés legítimo de la mujer demandante de la tutela judicial en ejercicio de la acción de filiación, interés legítimo proyectado en beneficio de los menores cuya filiación se reclama, en la medida que influya en los efectos de la filiación, respecto de cuestiones como el equilibrio psíquico y emocional del menor, o bien su situación económica; y 3) La constante posesión de estado, como medio de prueba de la filiación: el uso del nomen o nominatio (uso del apellido del progenitor, existencia de actos concretos de las partes) el tractatus (comportamientos fáctico-materiales o afectivos) y fama o reputatio (o notoriedad del ejercicio del trato materno o paternofilial al hijo cuya maternidad se reclama).

Llegados a este punto, cabría preguntarse si cuando se modificaron las condiciones subjetivas para contraer matrimonio, por medio de la Ley 13/2005, de 1 de julio, el legislador era realmente consciente de que estaba limitando la filiación a las parejas homosexuales. Cabría también preguntarse si cuando a través de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de Rectificación registral de la mención del sexo de la persona, se pretendía permitir el acceso a la maternidad conjunta a dos mujeres casadas en exclusiva, sin intención de ir

⁴³⁰ De la Fuente Núñez de Castro, M^a Soledad: *Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, a propósito de las SSTS de 5.12.2013 y 15.1.2014*, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, enero de 2015. Página. 28-35.

más allá y por ello no permitir ni entonces, ni en el futuro, la filiación en idénticas condiciones por parte de dos hombres. Y por ello debe apuntarse, no obstante, tal como afirma Sílvia Donoso⁴³¹, que esta filiación en el ámbito de parejas lesbianas implica y genera una serie de relaciones familiares añadidas que provienen de los esfuerzos para conciliar los valores de la maternidad y el estigma social que la homosexualidad lleva aparejada. En todo caso, sin duda debe formularse la pregunta clave: ¿se han ido dando soluciones parciales y progresivas a la cuestión? En este sentido y hasta la fecha, tanto por las reformas ya mencionadas del Código Civil, de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y por la nueva Ley del Registro civil (en vigor desde junio de 2017), se puede decir con claridad que el legislador no ha tenido la intención de adoptar una visión global de lo que en realidad constituye una nueva familia, más que un “nuevo” modelo de familia, a través de la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, al no englobar en la reforma, ni con la necesaria profundidad, una regulación armonizada de las cuestiones paralelas al mero hecho de que dos personas puedan contraer matrimonio y, en particular, del matrimonio.

En definitiva, es necesaria la elaboración de una regulación única de la filiación por naturaleza, que ajuste la realidad jurídica a la realidad social, ya admitida secularmente respecto a las parejas heterosexuales, tanto casadas, como no casadas. Y, en este sentido, admita que las parejas (matrimoniales o en unión de hecho) de dos mujeres de las que una de ellas resulte madre, tengan la posibilidad de hacer uso del reconocimiento de filiación, respecto de la mujer que no es madre de la criatura nacida, tal como así cuentan con esta posibilidad los esposos o parejas de las mujeres heterosexuales que son madres y a los que en ningún caso se les exige la demostración científica de su paternidad, sino que jurídicamente viene establecido *ex lege* la presunción de paternidad, o bien de filiación, respecto del hijo nacido en el seno de la relación matrimonial o estable de pareja.

⁴³¹ Donoso, Sílvia, *Reconocimiento y soporte en el ámbito de las relaciones familiares*, en la obra coordinada por Roigé, Xavier, *Familias de ayer, familias de hoy. Continuidades y cambios en Cataluña*. Ed. Icària. Barcelona, 2006, página. 532.

En cuanto a las parejas estables y matrimonios de dos hombres, está claro que ninguno de sus miembros podrá gestar por sí mismo una criatura. Por ese motivo, cabrán dos posibilidades consistentes o bien en acudir a la adopción (cuestión que se tratará en el siguiente apartado), o bien y también mediante técnicas de reproducción humana asistida, contar con la intervención de una mujer que tendría el papel de gestante de un embrión en que pueda intervenir el material genético de cualquiera de los dos hombres miembros de la pareja estable o matrimonio, lo cual será objeto de estudio específico en el último apartado de la presente tesis, si bien esta posibilidad no es admitida actualmente en nuestra legislación, aunque en la práctica se haga uso de ella más habitualmente de lo que puede imaginarse, tanto dentro como fuera de las fronteras españolas.

3.2.- ESPECIAL CONSIDERACIÓN SOBRE LA ADOPCIÓN. INCIDENCIA DE LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE MENORES: EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y LA GUARDA CON FINES ADOPTIVOS

La filiación adoptiva es una de las modalidades de determinación de la filiación de una persona, respecto de otra, tanto el artículo 108 del Código Civil, como el 235-1 del Código Civil de Cataluña. La filiación adoptiva carece de base biológica y se fundamenta en un acto jurídico que puede tener carácter negocial, judicial o administrativo, cuyo resultado es el establecimiento de una vinculación jurídica semejante a la que resulta de la filiación por naturaleza.

La reforma del Código Civil, a través de la Ley 13/2005, concedía la posibilidad de que dos personas homosexuales casadas pudieran adoptar conjuntamente hijos y con ello consolidar un núcleo familiar iniciado a través de la relación de los progenitores, vinculados jurídicamente a través de su matrimonio. Esta posibilidad ya existía reconocida tanto a los matrimonios, como a las parejas estables heterosexuales, desde la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores. Y no se reconoció la

posibilidad de la adopción por parte de las parejas estables de personas de un mismo sexo, hasta la aprobación de la Ley Foral Navarra 5/2002, de Parejas de Hecho, continuando este camino la Ley vasca 2/2003, de Parejas de Hecho y posteriormente en Cataluña, la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Modificación del Código de Familia, que homogeneizó la posibilidad de adoptar en Cataluña a una única regulación establecida en el Código de Familia, eliminando las referencias a la adopción que se establecieron en la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, con respecto de las parejas heterosexuales.

A su vez, el Tribunal Constitucional, por medio de la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, advierte que *se debe rechazar la posibilidad de sostener, en términos generales, que las parejas homosexuales no sean idóneas para adoptar conjuntamente a menores, haciendo referencia a estudios sociológicos y psicológicos que desmienten el menor grado de compromiso de las parejas homosexuales, afirmando que estos informes también demuestran que lo que resulta positivo para el desarrollo del menor es permitir que quienes perciben como sus progenitores también lo sean jurídicamente. Entre la comunidad científica existe asimismo consenso sobre que el aspecto que resulta determinante para conformar el desarrollo de los niños que conviven en su seno no es la estructura de la familia, sino la dinámica de las relaciones que se dan en su seno.*

3.2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La adopción es una de las instituciones que más modificaciones han sufrido en nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de la historia y es a la vez una de las instituciones del Derecho de familia con una mayor antigüedad. El Derecho romano contempló la adopción, también con variaciones a lo largo de su historia, yendo desde una concepción semipatrimonial en el Derecho romano antiguo (al suponer que la adrogatio equivalía no sólo a adquirir la potestas sobre los hijos de un tercero, sino también de su patrimonio), a adquirir un significado de asimilación del adoptado con un hijo por naturaleza en el Derecho romano post-clásico, a tener con Justiniano una división entre adopción ordinaria

(reducida a efectos hereditarios), conservando solamente la plenitud de efectos aquella adopción realizada por un ascendiente⁴³².

En el caso español, el Derecho castellano dio muestras de su existencia, a través del Breviario de Alarico, por medio de la denominada *perfilatio*, que aparece también en el Fuero de Soria y en el Fuero Real, con un sentido meramente patrimonial-hereditario y no de generación de auténticos vínculos de filiación y parentesco. En el caso de las Partidas, se acoge la visión justiniana, *adoptio imitatur naturam*, con la distinción entre adopción plena y menos plena (si el adoptante es ascendiente o no del adoptado) y arrogación⁴³³. La institución fue cayendo en desuso y la codificación supuso su práctica desaparición, o bien su regulación con exigencias que la hacían impracticable. No obstante, la codificación española incluyó en el Proyecto de García Goyena, en 1851 admitía en sus artículos 133 a 141 la adopción menos plena, con atribución de patria potestad sobre el adoptado. Finalmente, el Código Civil en su redacción original dedicó los artículos 173 a 180 a regular la institución, experimentando desde su entrada en vigor en 1889 un gran número de alteraciones y cambios que han obedecido a la evolución social y también a las necesidades político-sociales de algunos momentos concretos de la historia española⁴³⁴.

La regulación inicial de 1889 acogía casi al pie de la letra el Proyecto de García Goyena, exigiendo que el adoptante tuviera una edad mínima de cuarenta y cinco años y basando la posible adopción para determinados aspectos en la autonomía de la voluntad (uso del apellido del adoptante o no, existencia de derechos hereditarios del adoptado con respecto al adoptante y necesidad de aprobación judicial de la adopción que, en todo caso, debía contener sus condiciones en escritura pública). Partiendo el Código de este planteamiento jurídico inicial, se han podido ver desde 1889 un total de ocho reformas de la adopción respecto del Código Civil y una regulación particular en Cataluña, a través de la

⁴³² Argüello, Luis Rodolfo: *Manual de Derecho Romano; historia e instituciones*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998. Páginas. 409-411

⁴³³ Vallés Amores, M^a Luisa: *La adopción: exigencias subjetivas y su problemática actual*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004. Páginas. 44-60.

⁴³⁴ Vallés Amores, M^a Luisa: *Op.cit.*, Páginas. 52-61.

Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, el posterior Código de Familia de Cataluña, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio y finalmente, el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio.

La primera reforma del Código Civil en materia de adopción se produjo durante la Segunda República, por medio del Decreto de 10 de abril de 1937, ante diversas tendencias a favor y reformistas de la institución, que pretendían la equiparación del hijo adoptado con los hijos biológicos, así como con una paralela desvinculación del adoptado respecto de su familia biológica, sin que este objetivo pudiera alcanzarse por la reforma. Simultáneamente a esta reforma, entre 1936 y 1939, se produjo la Guerra Civil, que dejó un gran número de menores desvinculados de sus familias biológicas.

La segunda reforma de la adopción se produjo por medio de la Ley de 24 de abril de 1958, que configuró dos tipos de adopción: la plena, aplicada a los matrimonios sin hijos y a los niños abandonados o expósitos, que equiparaba su situación prácticamente con la de los entonces denominados hijos “legítimos”, y la adopción menos plena, que era similar a la acogida en 1889, rebajándose la edad necesaria para poder adoptar a los 35 años, exigiendo ahora una diferencia de edad entre adoptado y adoptante de 18 años.

La tercera reforma se encuentra en la Ley 7/1970, de 4 de julio, que suponía una clara ampliación de los derechos del adoptado, facilitando la adopción y brindándole una consistencia clara en la determinación de una filiación equivalente en derechos y obligaciones a la filiación por naturaleza, ampliándose además la intervención judicial en el proceso de constitución de la adopción. Esta nueva regulación permitía adoptar hijos naturales reconocidos, permitiendo además que quienes ya tuvieran previamente descendientes, también pudieran adoptar, rebajando de nuevo la edad de adopción a los 30 años y también la diferencia de edad entre adoptando y adoptante, a 16. Se mantuvieron los

dos tipos de adopción, como plena y simple (modificando la denominación anterior de menos plena)⁴³⁵.

La cuarta reforma del Código Civil apareció con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de Filiación, Patria potestad y régimen económico del matrimonio, que pretendía actualizar al nuevo orden constitucional de 1978 estas materias. Se acogía, por tanto, el principio de igualdad constitucional, integrado por los artículos 14 y 39 de la Constitución, facilitando ahora la adopción, al no exigir a los matrimonios un plazo desde la celebración de cinco años, equiparando por fin a los hijos adoptados con los hijos por naturaleza, integrando completamente al adoptado en la nueva familia adoptiva a todos los efectos, persistiendo las categorías distintas de adopción plena y simple.

La quinta reforma apareció por la Ley 21/1987, de 11 noviembre, que aprobaba la modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de Protección de menores. La nueva norma pretendió dar un estatuto completo a las figuras jurídicas de protección de menores, tomando como ejemplo la Ley italiana 184, de 4 de mayo de 1983, de *disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*. La ley tuvo como pretensión la creación de un instrumento de integración familiar y el beneficio del adoptado con el equilibrio a cualquier otro interés legítimo subyacente, con la completa ruptura del vínculo jurídico entre adoptado y familia biológica. Para M^a Aránzazu Calzadilla⁴³⁶, los tres principios que informan la nueva normativa son: “facilitar el acceso a la adopción (al regular nuevamente tanto las prohibiciones y los requisitos para adoptar como los consentimientos que han de concurrir para que la adopción pueda llevarse a cabo), equiparar las filiaciones (por naturaleza y por adopción) y consagrar la primacía absoluta del interés del adoptado sobre cualquier otro que pudiera concurrir en el proceso de adopción”. Desde 1987, la adopción

⁴³⁵ Lacruz Berdejo, José Luis: *Elementos del Derecho Civil, IV-Familia*, Dykinson, Madrid 2005, página 379-382.

⁴³⁶ Calzadilla Medina, M^a Aránzazu, *Las reformas del Código Civil y la institución de la adopción*, Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, n^o 20, diciembre de 2003, página 36.

dejó de ser un negocio jurídico privado entre adoptantes y padres biológicos, a ser un acto regido por normas de orden público, con intervención exclusivamente judicial en la fase de constitución e intervención administrativa en fase preadoptiva, suprimiéndose la adopción simple y el otorgamiento de escritura pública para fijar los términos de la adopción. Por otra parte, la reforma permitía que fueran adoptantes las parejas estables heterosexuales, obligaba a que las adopciones tuvieran carácter secreto, introducía la nueva figura para el Derecho español del acogimiento preadoptivo y como figura autónoma de la adopción, simplificaba el proceso de adopción al eliminar la intervención notarial, disminuía la edad para poder adoptar a 25 años, reduciéndose también la diferencia de edad con el adoptando a 14 años, delimitó el concepto de desamparo y fue eliminada la hasta entonces prohibición para adoptar a los eclesiásticos o personas sometidas a estatuto religioso.

La sexta reforma del Código Civil en materia de adopción fue la causada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que englobaba dos grandes tipos de normas: las de carácter programático y las normas de conflicto. Las primeras dan un listado de los derechos de los menores, ya encuadrados en el conjunto de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Las normas de conflicto e innovaciones se dirigían a modificaciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con una especial incidencia en el acogimiento (artículos 173 y 173 bis del Código Civil), dedicando los artículos 24 y 25 de la norma a regular la adopción y la adopción internacional respectivamente, indicando que la adopción se regulará por medio de la legislación civil aplicable.

La séptima reforma hasta la fecha no se refiere exactamente a una modificación propiamente del Código Civil, sino al desarrollo expreso del artículo 25 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de la Ley 54/2007, que regula la Adopción Internacional, dando con ello un marco legal que debe facilitar los instrumentos normativos precisos para que la adopción tenga lugar con las máximas garantías y respeto a los intereses de los menores a adoptar, posibilitando el desarrollo armónico de la

personalidad del niño en el contexto de un medio familiar propicio. Todo ello en el marco de la más escrupulosa seguridad jurídica que redundará siempre en beneficio de todos los participantes en la adopción internacional, especialmente y en primer lugar, en beneficio del menor adoptado, según advierte la Exposición de Motivos de la Ley.

La octava y última reforma hasta el momento de la adopción regulada por el Código Civil, se ha manifestado a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. La Ley procede a efectuar una modificación transversal de diversas normas⁴³⁷, desde el Código Civil en materia de adopción, la propia Ley 54/2007, de Adopción Internacional, o la propia Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a las reformas que interesan para el presente estudio, en particular las del Código Civil, debe advertirse que las mismas hacen por primera vez mención a “cónyuges” e indistintamente, “*pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal*”, a pesar de no existir una regulación nacional de las parejas estables que hiciera posible concretar cuándo se está o no ante una pareja estable. Se modifican una vez más las edades de las personas adoptantes (25 años), con un tope máximo de edad de 45 años, debiendo existir una diferencia de edad con el adoptado de 16 años. Se brinda ahora una definición jurídica del concepto de idoneidad para adoptar, regulándose ex novo la guarda con fines adoptivos y ampliando el plazo de espera para que la madre biológica que ha dado a luz a la criatura adoptada pueda asentir la constitución de la adopción de su hijo. Establece también un posible sistema de relación del adoptado con su familia de origen, siempre que así lo determine la resolución judicial que constituya la adopción, que tal como dispone la Exposición de Motivos de la Ley, podría denominarse como adopción abierta, tratándose de una figura nueva en nuestro ordenamiento, que obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la «pérdida»,

⁴³⁷ Martínez de Aguirre, Carlos, Op. Cit., páginas. 455-457.

y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que aunque no estuviera formalizada continúa por la vía de hecho. Asimismo, la reforma conduce en el nuevo apartado segundo del artículo 180 del Código Civil a reforzar el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas, que a través de la obligación de las Entidades Públicas de conservación de la información y datos del origen del adoptado durante cincuenta años desde la constitución de la adopción, homologando así el Código Civil con lo que ya venía disponiendo el Código Civil de Cataluña en su artículo 235-49, al regular el derecho del adoptado a la información sobre el propio origen, que venía ya admitido desde 1998 en el derogado artículo 129 del Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio).

En definitiva, el régimen actual configura un sistema de establecimiento de la filiación a favor de un o unos progenitores que, como padre o padres adoptantes, contarán con igualdad de derechos y obligaciones que quienes vean determinada a su favor la filiación de sus hijos por naturaleza, respetándose con ello el mandato constitucional de los artículos 14 y 39.2, que contará en todo caso con la garantía pública, tanto si en el proceso interviene la Administración pública, como si además o únicamente se sigue al efecto la vía judicial para la determinación de la filiación adoptiva, con la novedad de la denominada adopción abierta, que será comentada, junto con el procedimiento en su conjunto, con posterioridad⁴³⁸.

Se mantiene en esencia, por tanto, el contenido de la penúltima reforma que parte de que el sujeto de la adopción (el adoptado) va a serlo en la mayoría de casos ante la existencia de una situación de desamparo, que obliga a intervenir a los poderes públicos a fin de proteger al menor desamparado, generándose con ello las diferentes figuras de protección de menores que es necesario ver a continuación: la tutela administrativa, la delegación de guarda con fines de adopción, el acogimiento familiar (de urgencia, temporal o permanente) y la adopción como proceso.

⁴³⁸ Martínez de Aguirre, Carlos, Op. Cit., página. 458-464; Albaladejo, Manuel, Op.cit.: páginas. 263-266.

3.2.2. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO Y LA TUTELA ADMINISTRATIVA

Como se ha comentado en el apartado anterior, la primera gran reforma del Código Civil en materia de adopción se dio en un momento histórico muy concreto: tras la Guerra Civil, la cual colocó a un sinnúmero de menores en una situación de carencia de lazos familiares y por ello de la más absoluta miseria. Esto llevó históricamente a que de estos menores se hiciera un claro negocio y en ocasiones, dados los vínculos familiares limitados que se establecían entre adoptado y adoptantes, que en el medio rural la adopción acabase siendo una forma de obtener mano de obra gratuita que a la postre y en caso de cumplirse las expectativas del adoptante, supondría la continuidad de la actividad agraria o ganadera, a través de la posible herencia a favor del adoptado.

Las reformas de 1987, 1996 y 2015 han supuesto el cambio absoluto de un sistema privado que dio lugar a situaciones indeseables con intermediarios que en el fondo suponían el fomento de un evidente tráfico de menores. A tal fin, las tres reformas mencionadas redirigieron la cuestión a que fuese la propia Administración pública y no personas o entidades privadas quienes ostentasen la tutela de los menores en las situaciones definidas como de desamparo, entendiendo que se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores⁴³⁹, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (artículo 172.1.2º del Código Civil y en idéntico sentido, 228-1 del Código Civil de Cataluña). Según este criterio, debe entenderse que existe un incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad y de la tutela, suponiendo tanto que el ejercicio es imposible o inadecuado.

Dada la existencia de las Comunidades autónomas, así como que las mismas ejercen las competencias en materia de servicios sociales, el artículo 172.1 del Código Civil (y

⁴³⁹ López Azcona, Aurora: *La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí*. Anuario de Derecho Civil, tomo LXVI, 2013, fasc. III, páginas.1048-1054.

228-6 del Código Civil de Cataluña) dispone que Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. La resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. La consecuencia de esta asunción de la tutela del menor supondrá la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste. Asimismo y a resultas de lo anterior, La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela.

Esta declaración de desamparo permitirá que durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1, o los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela y también, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto

a la protección del menor. Como apunta Rosa M^a Moreno⁴⁴⁰, “una vez separado el menor de su propia familia a consecuencia de su declaración de desamparo y de la asunción por la entidad pública de la tutela administrativa, el ejercicio de su potestades por la Administración ha de estar preferentemente encaminada al retorno del menor a aquella”.

La consecuencia de que los progenitores no se opongan en el plazo ya referido, conducirá a que decaiga el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor, pero No obstante, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo y En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública. Asimismo, durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen (artículo 172.2 del Código Civil)⁴⁴¹

Por otra parte, la declaración de desamparo podrá revocarse a instancia del Ministerio Fiscal, o bien de persona o entidad interesada, suponiendo la revocación el retorno del menor con su familia, en caso de considerarse que es lo más adecuado a su interés, dándose cuenta de esta decisión al Ministerio Fiscal, según establece el artículo 172.3 del Código Civil.

También la Entidad Pública, a fin de cumplir su obligación de prestación de atención inmediata, podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo, todo ello dentro del plazo más breve posible, cabiendo la posibilidad de que se declare el desamparo y asunción de tutela o de

⁴⁴⁰ Moreno Flórez, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012. Página. 21

⁴⁴¹ Lacruz Berdejo, José Luis: *Op.Cit.*, páginas. 382-385.

promoción de medidas de protección y en caso de que se pudiera nombrar tutor a alguna persona que contase con relaciones especiales con el menor, o por otras circunstancias, se debería promover el nombramiento de dichas personas como tutor del menor, según las normas de nombramiento de tutor generales. Así, si transcurre el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública.

Tanto la guarda provisional como la tutela de la Entidad Pública⁴⁴² cesará cuando se constate la desaparición de las causas que la motivaron y cuando en particular se comprueben alguna de las circunstancias que relaciona el artículo 172.5 del Código Civil: a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país. b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor. c) Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido.

Asimismo, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha introducido un nuevo precepto en el artículo 172 bis (cuyo idéntico contenido contempla el artículo 228-6 del Código Civil de Cataluña), por el que no ya por iniciativa de la Entidad Pública en cuestión, sino también Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su

⁴⁴² Martínez de Aguirre, Carlos, Op. Cit., página. 435-446.

caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.

La petición paterna y la entrega del menor al cuidado de la Entidad Pública se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades. También en este caso, La resolución administrativa sobre las asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal, como defensor del menor, cabiendo también la posibilidad de que la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente.

La actual redacción del Código Civil en la materia, introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha eliminado el anterior apartado sexto del artículo 172, que determinaba que las resoluciones que pudieran apreciar el desamparo y declarasen la asunción de tutela por aplicación legal serían recurribles ante la jurisdicción civil, si bien a través del artículo cuarto de la mencionada norma, se ha introducido una modificación del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la que no se exigirá reclamación administrativa previa para ejercer la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores, siendo competentes los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública⁴⁴³.

⁴⁴³ Cabañas Poveda, Carmen: *Proceso especial sobre impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores*, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, nº 9, enero de 2001. En go.gl/hp4fc7, a 24/03/2017.

La impugnación se deberá plantear en un plazo máximo de dos meses desde la notificación de la resolución, pudiendo oponerse a la resolución los menores afectados por la resolución, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación, cabiendo la posibilidad de personación en el procedimiento cualquiera de las personas mencionadas, sin que ello cause la retroacción de actuaciones. La citada reforma reconoce a los menores la capacidad de ser parte y ser oídos en el procedimiento y en todo caso ejercitarán las acciones que les correspondan contra las resoluciones administrativas que pudieran afectarles, a través de sus representantes legales, salvo que existiera conflicto de intereses con éstos, por lo que deberá nombrarse un defensor judicial para su defensa. El proceso se iniciará por escrito sucinto que manifieste la pretensión, la resolución a la que se opone, la fecha de notificación y se indicará si existen procedimientos relativos al menor, en cuyo caso el nuevo asunto se acumulará al proceso más antiguo. El Letrado de la Administración de Justicia reclamará testimonio del expediente administrativo por un plazo de veinte días y, una vez remitido al Juzgado, se emplazará al recurrente por veinte días para interponer la correspondiente demanda, que será tramitada por el cauce del artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, previsto como proceso judicial especial de capacidad, filiación, matrimonio y menores y que deberá ser tramitado preferentemente, según lo que dispone el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también reformado por la Ley 26/2015. El procedimiento se resolverá por sentencia, que resultará apelable ante el mismo Juzgado, para su conocimiento por parte de la correspondiente Audiencia Provincial.

3.2.3. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR

Cuando la Entidad Pública declare la situación de desamparo de un menor, se ejercerá su tutela por parte de esta Entidad Pública⁴⁴⁴, derivándose de ello que

⁴⁴⁴ Lacruz Berdejo, José Luis: *Op.Cit.*, página. 384.

consecuentemente se deba ejercer la guarda del menor por persona diferente a sus progenitores que, bien por incapacidad o bien por imposibilidad, no podrán desarrollar. En este sentido, el artículo 172 ter.1 del Código Civil advierte para estos casos que la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores. Como afirma Delaporte-Carré⁴⁴⁵, la institución del acogimiento de menores deberá partir de la existencia obligatoria de una “estructura de sustitución” de la familia de origen del menor, a través de un recurso residencial que brinde al menor las condiciones adecuadas a su desarrollo, en el más amplio sentido. Esta concepción asistencial del Estado se ha venido viendo reglamentada con amplitud en España, desde el Siglo XVIII, apareciendo normas que partieron de hacer mención de la beneficencia, como fase histórica anterior a la actual, del estado social y democrático de derecho, contemplado por la vigente Constitución de 1978⁴⁴⁶.

España, como miembro de la Convención Internacional de Derechos del Niño, recoge actualmente en el Código civil los mandatos de los artículos 20, 21 y 40 de la Convención, que se refiere al acogimiento, recomendando que se acuda al mismo, en aquellos casos en que el interés superior del menor así lo aconsejase. En nuestro caso, esta guarda se encomienda legalmente a una familia y sólo con carácter subsidiario a un establecimiento residencial, que podrá tener carácter público, o bien tratarse de un centro colaborador de la Administración pública y que se ejercerá por el Director o responsable del centro (artículo 172 ter.1 del Código Civil). Queda claro en todo caso que la preferencia legal se refiere a que sea una familia quien ejerza la guarda del menor en situación de

⁴⁴⁵ Delaporte-Carré, C., *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Dalloz, París, 2008, página. 145

⁴⁴⁶ Arias Miranda, J., *Reseña histórica de la Beneficencia Española, Impresa del Colegio de Sordomudos y de ciegos*, Madrid, 1862; Hernández Iglesias, F., *La Beneficencia en España, Tomo I-II*, Establecimientos tipográficos de Manuel Minuesa de los Ríos, Madrid, 1876.

desamparo y por ello, el artículo 173.1 del Código Civil (y el 228-9 del Código Civil catalán) determina que el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo⁴⁴⁷. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades. De esta forma y tal como advierte el legislador, siguiendo el mandato de la Convención, será la familia la entidad en que el menor podrá obtener directamente la satisfacción de sus necesidades materiales y morales. Por este motivo, el apartado primero del artículo 173 bis del Código Civil establece una preferencia respecto del ejercicio de la guarda del menor desamparado, por parte de su propia familia extensa y, de no resultar posible, por parte de una familia ajena.

La regulación española no ofrece un concepto claro de lo que debe entenderse por acogimiento familiar, siendo la doctrina la encargada de acotarlo, considerando que el acogimiento familiar es una figura jurídica de carácter administrativo o judicial que otorga la guarda o asistencia del beneficiario a una persona o núcleo familiar que sustituye o complementa a su familia natural⁴⁴⁸. También otra nota característica del acogimiento familiar supondrá que éste lleve a confiar a la persona menor de edad a una persona o familia que haga posible el desarrollo integral de su personalidad. Las personas que reciben a un niño, niña o adolescente en acogimiento ejercen su guarda y tiene la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación adecuada, bajo la supervisión de la entidad competente, que debe facilitar la ayuda y el

⁴⁴⁷ Rodríguez Muñoz, F. Morell Pareja, J.M., Sierra García, P. (coords.), *Acogimiento familiar. Manual práctico*, Universidad Nacional a Distancia, Madrid, 2014, página. 95.

⁴⁴⁸ Ródenas Rigla, Francisco, Garcés Ferrer, J., *Los servicios sociales generales, Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, GARCÉS FERRER, J., (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 1996, página. 173.

asesoramiento necesarios⁴⁴⁹. Considerándolo también como la medida de protección que persigue restablecer las condiciones de vida para que el menor pueda seguir desarrollando adecuadamente su personalidad en un núcleo de convivencia equilibrado⁴⁵⁰.

El acogimiento familiar debe suponer una ventaja, en tanto que se brinda al menor acogido un entorno familiar que hasta ese momento no tiene, que le permita desarrollar su propia integración social⁴⁵¹ al ofrecer al menor un ambiente familiar idóneo para desarrollar su proceso de socialización. La medida de acogimiento familiar tiene carácter temporal, pues tal como apunta Luis Noriega⁴⁵², el acogimiento no puede tener carácter indefinido, por su propia naturaleza y funcionalidad. Por ello, la integración de un menor en una familia de acogida no crea para el menor un *status familiae*⁴⁵³, sin establecer relaciones de parentesco entre acogedor y menor, manteniéndose en ambos casos el estado del que gozaban.

El acogimiento familiar puede revestir tres posibles modalidades diferenciadas, en consideración de la duración y los objetivos que la misma debe tener y que se contemplan por el artículo 173 bis del Código Civil: a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda. B) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar

⁴⁴⁹ Ravetllat Ballesté, Isaac, *La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*, InDret 2/2014, página. 32.

⁴⁵⁰ Llácer Matacàs, M.R., *La protección civil de los menores desamparados en el derecho catalán, El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, Padial Albás, A. M., (coord.), Ediciones de la Universidad de Lleida, Lleida 2012, página. 15.

⁴⁵¹ Sánchez Caturla, D., “Acogimiento familiar temporal”, *Intervención social con menores*, Bueno Bueno, A., (coord.), Universidad de Alicante, Alicante, 1996 página. 226.

⁴⁵² Noriega Rodríguez, L., *El acogimiento familiar de Menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Fundación General, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, página. 46

⁴⁵³ García Cantero, G., “Notas sobre el acogimiento familiar”, *Actualidad Civil*, 1992, páginas. 305-318, página. 307.

permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva. C) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor.

No se establecen normas específicas de capacidad para quienes sean acogedores, si bien según el artículo 172 ter.1 del Código Civil no podrá ser acogedor quien no pueda ser tutor. En este sentido las condiciones personales que se exigen para poder ser acogedor, son las exigidas por Código Civil en los artículos 242 a 245: ser persona física sin finalidad lucrativa, sino de protección de menores, sin estar privados o suspendidos para ejercer la patria potestad total o parcialmente, no habiendo sido previamente removidos judicialmente del cargo de tutor, personas que estuvieran cumpliendo una condena y estuvieran privados de libertad, o bien condenados por delitos que hagan suponer fundamentadamente que la tutela no se ejercería correctamente, ni las personas en quien concurra una imposibilidad absoluta de hecho, quienes tuvieran enemistad manifiesta con el menor, las personas de mala conducta o sin manera de vivir conocida, quienes tuvieran conflictos de intereses con el menor, o los concursados no rehabilitados o bien quienes el padre o la madre del menor hubieran excluido expresamente en documento público, si bien esta última causa puede ser removida judicialmente, en interés del menor.

El acogimiento podrá ser establecido siempre que exista el consentimiento tanto de la o las personas que acojan al menor, como también de este mismo, si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, si bien parte de la doctrina entiende que no se trata de un consentimiento del menor, sino que éste deberá simplemente ser

oído⁴⁵⁴No se requiere el consentimiento de los progenitores del menor tras la reforma de 2015, pero en todo caso sí deberá notificarse por parte de la Entidad Pública la resolución que acuerde el acogimiento a los progenitores tutores no privados de patria potestad o tutela (artículo 172 ter.1.3º del Código Civil). La formalización del acogimiento deberá contar, al tratarse de la elaboración de un procedimiento administrativo ajustado a lo establecido por la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, con los informes técnicos pertinentes que fundamenten adecuadamente la resolución de atribución del acogimiento que se adopte, el cual no sólo deberá ser meramente notificado a las partes (acogedores, progenitores y menor), sino que también deberá contar con el consentimiento de las personas que exige el Código Civil, mediante la correspondiente comparecencia en dependencias administrativas y en presencia del funcionario responsable, que acreditará en ejercicio de sus funciones la legalidad y validez del procedimiento y del consentimiento prestado, conforme al artículo 39 de la Ley 39/2015.

El acogimiento podrá tener carácter gratuito o bien remunerado y para ello, en la resolución administrativa dictada por la Entidad Pública podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos⁴⁵⁵. Asimismo, el acogimiento podrá verse formalizado judicialmente, si como consecuencia de la notificación de la resolución administrativa tal como dispone el Código Civil, se llevase a cabo la impugnación judicial de la resolución, según el procedimiento establecido por el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En todo caso y tanto si el procedimiento es meramente administrativo, como también judicial, Todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la obligada reserva (artículo 173.5 del

⁴⁵⁴ Periago Morant, J. J., *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/200 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores, Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/200 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores*, Fundación Diagrama, Murcia, 2008, página. 331

⁴⁵⁵ Fernández del Valle, J., Bravo Arteaga, A., *El acogimiento familiar en España*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2003 páginas. 65 y ss.

Código Civil). Esta reserva obligará que ninguna actuación sea pública y por tanto que sólo los interesados puedan tener acceso a las actuaciones.

Las obligaciones de los acogedores supondrán con respecto al menor velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades (artículo 173.1 del Código Civil)⁴⁵⁶.

Es evidente que el legislador ha concebido el acogimiento como una figura temporal y transitoria⁴⁵⁷. Temporal, porque tiene una duración limitada legalmente y transitoria, porque el acogimiento puede suponer un paso previo para alcanzar finalmente la adopción del menor por quienes han sido sus acogedores. Por este motivo, según artículo 172 ter 2 y 3 del Código Civil Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses, resultando posible que cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones. A tal efecto sólo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

En estos casos, se estará estableciendo una delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones que contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez. Dicha medida será comunicada a los progenitores o tutores, siempre que no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad o removidos del ejercicio de la tutela, así como a los

⁴⁵⁶ Fernández del Valle, J., Bravo Arteaga, A., Op. Cit., páginas. 53 y ss.

⁴⁵⁷ Noriega Rodríguez, L., Op.Cit., página. 46

acogedores. Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa. De esta forma se vería preservado el derecho/deber de la familia de origen⁴⁵⁸.

El acogimiento familiar del menor podrá cesar, tal como dispone el artículo 173.4 del Código Civil, a) Por resolución judicial. b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor. c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor y d) Por la mayoría de edad del menor. Se han eliminado tras la reforma de 2015 las anteriores causas de cesación consistentes en que los acogedores decidieran el cese, o bien si a petición de los progenitores del menor que tuvieran la patria potestad y reclamasen su compañía. En su lugar, el artículo 173.3 del Código Civil advierte que Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar, aquél, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda, con lo que en este caso ya no será suficiente la mera voluntad de cese por parte de los acogedores y la comunicación previa a la Entidad Pública competente, sino que se requerirá que ésta lo admita y que al efecto trámite la solicitud que se pudiera plantear.

Se atribuye para todo el procedimiento y también para el desarrollo del acogimiento la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda al Ministerio Fiscal, a quien la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. A su vez, el Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá

⁴⁵⁸ Martínez de Morentin Llamas, M. L., *La frustración de derecho de visitas*, Reus, Madrid, 2014. Página. 133.

ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias⁴⁵⁹. Esta función del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe. Para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes que atenderán las solicitudes de información remitidas por el Ministerio Fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor (artículo 174 del Código Civil).

3.2.4. LA ADOPCIÓN POR PARTE DE PAREJAS ESTABLES O MATRIMONIALES DE PERSONAS HOMOSEXUALES

La adopción es una de las formas de filiación, junto con la filiación por naturaleza (artículo 108 del Código Civil y 235-1 del Código Civil de Cataluña). En el caso de la adopción, se prescinde del componente biológico-genético entre adoptantes y adoptados y su determinación requiere con carácter general la intervención administrativa y judicial, constituyéndose por Auto, es decir, por resolución judicial motivada⁴⁶⁰. Hasta la reforma que se ha llevado a cabo en torno a la adopción, por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dos han sido los principios básicos de la adopción: por un lado, el interés superior del menor (artículo 176 del Código Civil y 235-39 y 235-44.2.b del Código Civil de Cataluña), que obligará al Juez a constituir la adopción en la relevancia que se otorga a la situación previa entre adoptante y adoptado, así como en la intervención de la Administración pública en el procedimiento y

⁴⁵⁹ López Ebri, G. A., *Intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos para la protección de las personas con discapacidad. Formularios y dictámenes*. Tirant Lo Blanch, 2011. Páginas. 127-142.

⁴⁶⁰ Martínez de Aguirre, Carlos, Op. Cit., página 456

expediente de protección del menor⁴⁶¹. El segundo de los principios radica en la integración familiar del adoptado, estableciendo un *status familiae* (artículos 108 y 178 del Código Civil y 235-47 del Código Civil de Cataluña), lo cual supone que el adoptado contará al ser adoptado con las condiciones idénticas de la filiación por naturaleza. No obstante, este segundo principio queda claramente matizado, como seguidamente se verá, a través del añadido artículo 178.4 al Código Civil, a través del cual puede establecerse la forma en que puedan mantenerse determinados vínculos del adoptado con su familia de origen, por lo que el nuevo *status familiae* podrá no ser completo y único.

3.2.4.1. Requisitos subjetivos para constituir la adopción

La legislación vigente en materia de adopción, referida tanto al Código Civil, como al Código Civil de Cataluña, permiten su establecimiento a favor de una sola persona, o bien de dos personas casadas o miembros de una pareja estable. En este segundo caso, será indiferente quiénes compongan el matrimonio o pareja estable: hombre y mujer, mujer y mujer u hombre y hombre. Ya desde la aprobación de la disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, las parejas estables heterosexuales tenían la posibilidad de adoptar y como se vio anteriormente, diferentes Comunidades autónomas con competencias en Derecho Civil fueron admitiendo que sus parejas estables contasen con esta facultad: algunas, como Cataluña, inicialmente sólo lo admitían respecto de parejas heterosexuales y otras, como País Vasco, Navarra, posteriormente Cataluña, admitieron que también pudieran adoptar las parejas homosexuales, cosa que finalmente quedó definitivamente claro a través de la ya comentada Ley 13/2005, de 1 de julio, que a través de su contenido permitía la adopción a los matrimonios de personas del mismo sexo.

La adopción, a diferencia de la posible tutela administrativa por establecimiento, obliga a que el adoptante o adoptantes sean personas físicas que tengan una edad mínima de

⁴⁶¹ Aguado i Cudolà, Vicenç., *El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales, El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Ezquerria Huerva, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, página. 69.

veinticinco años y, en caso de adopción por parejas estables, o bien por matrimonios, será suficiente que sólo uno de sus miembros hubiera alcanzado esta edad (artículo 175.1 del Código Civil y 235-30 del Código Civil de Cataluña). Se exige igualmente que el adoptado tenga una diferencia de edad, respecto de los adoptantes, de dieciséis años de edad y, salvo en los casos previstos por el artículo 176.2 del Código Civil⁴⁶², la diferencia entre ambos no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, dispensándose además este impedimento por edad, cuando los adoptantes fueran una pareja estable o matrimonial en que uno de sus miembros, al menos, no contase la diferencia de edad señalada. Asimismo, el artículo 175.1 también dispone que si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.

Los adoptantes deberán contar con las condiciones personales que se exigen para ser tutor, es decir, lo exigido por el Código Civil en los artículos 242 a 245: ser persona física sin finalidad lucrativa, sino de protección de menores, sin estar privados o suspendidos para ejercer la patria potestad total o parcialmente, no habiendo sido previamente removidos judicialmente del cargo de tutor, personas que estuvieran cumpliendo una condena y estuvieran privados de libertad, o bien condenados por delitos que hagan suponer fundamentadamente que la tutela no se ejercería correctamente, ni las personas en quien concurra una imposibilidad absoluta de hecho, quienes tuvieran enemistad manifiesta con el menor, las personas de mala conducta o sin manera de vivir conocida, quienes tuvieran conflictos de intereses con el menor, o los concursados no rehabilitados o bien quienes el padre o la madre del menor hubieran excluido expresamente en documento público, si bien esta última causa puede ser removida judicialmente, en interés del menor. Estas

⁴⁶² 1.^a Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2.^a Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal. 3.^a Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. 4.^a Ser mayor de edad o menor emancipado. 3. Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.

condiciones se han visto prácticamente inalteradas tanto en derecho común, como por ejemplo, en derecho civil catalán, tal como ya apuntó Ferran Badosa⁴⁶³

Es importante advertir que no será posible que una persona pueda ser adoptada por más de un adoptante, con la excepción que marcan los artículos 175.4 del Código Civil y 235-32.1.a del Código Civil de Cataluña, que admiten una adopción sucesiva en un momento posterior a la constitución de la adopción por quien contraiga matrimonio con el adoptante o bien constituya con éste una relación de pareja estable y sólo será posible una adopción posterior en caso de muerte del adoptante, o bien cuando el adoptante se vea excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que le correspondan respecto del adoptado (artículo 179 del Código Civil), en caso de incurrir en causa de privación de la patria potestad.

Por lo que al adoptado se refiere, éste deberá ser menor y no emancipado, siendo posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado, si con carácter previo a la emancipación ha existido una situación de acogimiento con los adoptantes, o bien de convivencia estable con éstos, de al menos un año (artículo 175.2 del Código Civil y 235-32 y 33 del Código Civil de Cataluña). Se elimina así la exigencia de “convivencia ininterrumpida” que antes de la reforma de 2015 era requisito para la adopción en este caso. Establece ahora el apartado quinto del artículo 175 una casuística especial, que alcanza al supuesto de que se produjese la separación, el divorcio del matrimonio acogedor, o la extinción de la relación de pareja estable, no impedirán la adopción conjunta por parte de ambos acogedores pero en ese caso sí, acreditando la convivencia efectiva con ambos adoptantes, al menos dos años antes de que se genere la propuesta de adopción por parte de la Entidad pública correspondiente.

En todo caso, los artículos 175.2 del Código Civil y 235-31 y 32.1.c del Código Civil de Cataluña establecen una prohibición para adoptar a un descendiente, a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, o bien un pupilo por parte de su tutor, en tanto no se vea aprobada la cuenta general justificada de la tutela. No

⁴⁶³ Badosa Coll, Ferran, *La protección de menores en el derecho catalán*, en Espiau Espiau y Vaquer Aloy, en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999, página. 28.

se indica en el código una edad mínima para la adopción, por lo que se podrá adoptar a quien ya haya nacido, pero no así al nasciturus.

3.2.4.2. El proceso de adopción

Según se indicó anteriormente, la adopción tiene actualmente naturaleza judicial, con una clara intervención de la Entidad Pública que en un primer momento ostente la tutela del menor adoptado, tal como se dispone por los artículos 176 del Código Civil y 235-39 del Código Civil de Cataluña. La resolución judicial que establezca la filiación adoptiva deberá tener en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad de quien o quienes sean adoptantes para ejercer la patria potestad sobre el menor. Pero para poder alcanzar la resolución en cuestión, previamente se deberá tramitar por parte de las personas interesadas el correspondiente informe de idoneidad ante la Entidad Pública, por lo que la intervención administrativa será previa a la judicial y por ello se deberá partir de las exigencias propias del derecho y del procedimiento administrativo⁴⁶⁴. Esta declaración de idoneidad, que constituye un propio acto administrativo en el proceso de adopción, podrá concederse o no a la persona interesada y dada la condición de resolución administrativa en materia de protección de menores, si la resolución no reconociera la idoneidad al candidato a adoptar, la misma podrá ser recurrida por el cauce previsto por el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya visto con anterioridad.

3.2.4.2.1. *Cuestiones administrativas: informe de idoneidad*

Al margen de que los candidatos soliciten el inicio del proceso de adopción a la Entidad Pública y con ello inicien el trámite administrativo, el primer momento esencial en

⁴⁶⁴ Aguado i Cudolà, Vicenç., Op. Cit., página. 69 y ss.

el proceso lo constituirá la determinación de la idoneidad del adoptante, por parte de la Entidad Pública. Esta determinación de la idoneidad de los candidatos a adoptante deberá ajustarse, entre otros, a los parámetros que para cada Entidad Pública establezca su propia normativa. En el caso de Cataluña, el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción, de la Generalitat de Cataluña, regula en su artículo 70 que se llevará a cabo por la Dirección General de Atención a la Infancia, que tendrá por finalidad determinar la idoneidad de la persona o familia que quiere adoptar para garantizar la cobertura de las necesidades del menor y el cumplimiento de las obligaciones establecidas legalmente, y, específicamente, pretende garantizar que la persona o familia puede ofrecer al menor la estabilidad, el cuidado y el respeto a sus señas de identidad que permitan su desarrollo integral. En el caso de Cataluña, la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia tiene delegada y externalizada la valoración de idoneidad, que quedará en manos de profesionales externos a la función pública y que, aun así, su labor gozará de las presunciones de legalidad y validez con que cuentan los actos de la Administración pública⁴⁶⁵.

Las circunstancias que se tendrán en cuenta por el equipo de valoración serán básicamente cinco: 1) Circunstancias personales de los solicitantes (respecto del equilibrio personal adecuado, la estabilidad en la relación de pareja, la salud física y psíquica que permita la atención al menor, la flexibilidad de actitudes y adaptabilidad a la nueva situación que plantea la adopción, la motivación para ejercer funciones parentales que incluyan cubrir las necesidades y faltas de un menor susceptible de adopción y las motivaciones para la adopción compartidas, en el caso de pareja); 2) En relación con las circunstancias familiares y sociales (que el entorno relacional sea favorable y adecuado a la integración del menor adoptado); 3) En relación con las circunstancias socioeconómicas (la situación económica que permita la atención al menor, así como la vivienda en condiciones adecuadas); 4) En relación con la aptitud educadora (valorando la capacidad

⁴⁶⁵ Martínez López-Muñiz, J. L., *Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho*, Revista General de Derecho Administrativo, nº 26, 2011, página. 25. y García de Enterría Martínez-Carrande, E., *Curso de Derecho administrativo, t. II*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, página. 451

de cubrir las necesidades educativas o de desarrollo de un menor, que el entorno familiar pueda apoyar en la tarea educativa) y 5) En relación con el menor (No escoger el sexo de manera excluyente, aceptación de la herencia biológica del menor y aceptación y respeto a la historia, identidad y cultura del menor, o bien aceptación de la relación del menor con su familia biológica, en su caso). En particular, según el artículo 176.3 del Código Civil, se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción. Por tal motivo, no podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública.

La declaración de idoneidad por la Entidad Pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias⁴⁶⁶. También la declaración de idoneidad incluirá las preferencias que los posibles adoptantes hubieran manifestado, respecto de determinadas características del adoptando: edad, sexo, condiciones de salud, o tal como introduce la reforma de 2015, la posibilidad de que el menor pudiera mantener relación personal con miembros de su familia de origen (artículo 178.4.2º del Código Civil)

La declaración de idoneidad se formalizará mediante la correspondiente resolución (artículo 176.3 del Código Civil), para lo que las personas que se ofrezcan para la adopción deberán asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por Entidad colaboradora acreditada por la Entidad Pública, cuestión prevista por el Decreto 2/1997, de 7 de enero, que aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción. El proceso de valoración de la persona o familia que solicita adoptar comprende sesiones informativas y formativas así como un mínimo de dos

⁴⁶⁶ García, Agurtzane y Martínez, Paz: *Adopción homoparental, un nuevo modelo de familia*. Consejo General de la Psicología de España, Infocop-online, 2005, páginas. 4-18, en goo.gl/MIAGr5, a 24/03/2017.

entrevistas, al menos una efectuada por un trabajador social y una por un psicólogo del equipo técnico competente. Se efectuará una visita domiciliaria y también, con la finalidad de conseguir la máxima objetividad en la valoración, se podrán incluir cuestionarios y pruebas psicométricas, con una duración de ocho meses, entendiéndose que la falta de resolución en dicho plazo se entenderá como desestimación de la petición. A lo largo del proceso, los solicitantes contarán con la posibilidad de alegar cuanto tuvieran por conveniente, pero debe insistirse: los informes que los profesionales vayan elaborando y las opiniones técnicas que se vayan generando, no se notifican a los interesados, por lo que difícilmente podrá existir verdadera contradicción a través de alegaciones de parte, ni tampoco quedará constancia exacta e indubitada de las manifestaciones que los interesados pudieran expresar, por lo que se puede afirmar que el procedimiento adolece claramente de un verdadero carácter contradictorio para el solicitante, a quien sólo le cabrá esperar la resolución de su petición de valoración de idoneidad.

3.2.4.2.2. Procedimiento judicial.

Una vez obtenida la declaración de idoneidad de los adoptantes, la Entidad Pública proseguirá el expediente administrativo de adopción, dictando por ello una propuesta previa de adopción, que irá dirigida al Juzgado de Familia de la sede de la Entidad Pública y que supondrá en el fondo la interposición de una demanda judicial, que deberá ajustarse formalmente a lo que establece la 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, en su artículo 35. Esta propuesta de adopción deberá alegar diversas cuestiones que harán viable la constitución de la adopción: a) Las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes asignados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la elección de aquél o aquéllos. b) En su caso y cuando hayan de prestar su asentimiento o ser oídos, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante o de la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o el de los progenitores, tutor, familia acogedora o guardadores del adoptando. c) Si unos y otros han formulado su asentimiento ante la Entidad Pública o en documento público. La propuesta de adopción deberá acompañar los documentos que

acrediten las alegaciones de la Entidad Pública, junto con la declaración de idoneidad del adoptante, así como cuantos otros informes pudieran ser de interés para el proceso, a juicio de la Entidad Pública.

Asimismo, el artículo 176.2 del Código Civil fija cuatro excepciones a la necesidad de que se obtenga la propuesta administrativa de adopción: 1) Que el adoptando sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2) Que el adoptando sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal. 3) Que el menor lleve más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. Y 4) Que el adoptando sea mayor de edad o menor emancipado. En estos cuatro casos, la iniciativa en la solicitud al Juzgado de la constitución de la adopción deberá partir de adoptante, cónyuge del adoptante o bien del adoptado, por lo que en este caso, el actor deberá formular una propuesta de adopción mediante demanda judicial, que no sólo deberá contener los datos que se exigen a la Entidad Pública ya mencionados, sino que deberá ajustarse a lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 399, consignando los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida. En este sentido, es importante ajustarse a estas reglas de formalización para la demanda de adopción, dado que en virtud del principio de justicia rogada, que orienta los procesos civiles y también el proceso de adopción, lo no solicitado en la súplica de la demanda no será objeto de la resolución y, en este sentido, es importante tenerlo en consideración respecto de cuestiones que son muy significativas, como por ejemplo, el orden de los apellidos que vaya a tener en lo sucesivo el menor adoptado⁴⁶⁷. Junto con la demanda de adopción, se deberán presentar aquellos documentos que acrediten las alegaciones que pudieran fundamentar la petición de adopción y los informes que pudieran entenderse oportunos por parte del actor.

⁴⁶⁷ Salvador Gutiérrez, Susana: *Código del Nombre*. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2003, página. 233-247

De estas excepciones, la relativa a que el adoptando tenga determinada su filiación a favor del cónyuge o pareja estable de quien pretende la adopción es importante en el caso de las parejas homoparentales, dado que en la gran mayoría de casos la filiación se determina en un primer término a favor uno de los cónyuges o convivientes (por filiación natural o por adopción) y por ello es importante que en estos casos la adopción quede al margen de un obstáculo innecesario respecto de quien pretende adoptar, por dos motivos: porque quien ya es progenitor del menor está validando la idoneidad de quien todavía no lo es legalmente y porque se entiende que el menor ya tiene una determinada posesión de estado con respecto de su adoptante, con quien se supone que convive con carácter de hijo y además se sobreentiende que quien dese adoptarlo está ya cumpliendo las funciones parentales derivadas de esta situación fáctica.

El Juzgado competente para la tramitación del proceso de adopción será el del domicilio de la Entidad Pública que formule la propuesta de adopción, o bien del domicilio del adoptante, en caso de interposición de demanda por su parte (artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria). El Ministerio Fiscal deberá ser parte en el proceso⁴⁶⁸, tratándose la tramitación con carácter preferente y, sorprendentemente, no es exigible la intervención de abogado ni de procurador de los Tribunales (artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria), siendo muy criticable esta excepción a la intervención letrada, teniendo en cuenta que el proceso de adopción tiene por objeto la determinación de la filiación, lo cual supone un elemento tremendamente delicado que requiere de un conocimiento preciso del proceso y de sus consecuencias, máxime si como ya se ha indicado, rige aquí el principio de justicia rogada y, por lo tanto, la constitución de la adopción dependerá del contenido de la demanda de adopción y de la petición que se establezca en la misma.

Una vez sea admitida a trámite la propuesta de adopción o bien la demanda en tal sentido, por medio de Decreto del Letrado de la Administración de Justicia (artículo 17 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria), se procederá a citar a los interesados por parte del Juzgado, para la celebración de una comparecencia que dirigirá el Juez, conforme a las

⁴⁶⁸ López Ebri, G. A., Op. Cit., Página. 181-190.

reglas del juicio verbal y será parte también el Ministerio Fiscal (artículos 17, 18 y 36 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria). La celebración de la comparecencia solamente dejaría de celebrarse cuando alguna de las partes citadas a la comparecencia formularan oposición a la solicitud planteada, en cuyo caso el expediente de adopción no se transformaría en expediente contencioso, salvo que la parte plantease la correspondiente demanda a través de la correspondiente demanda judicial, en cuyo caso sería aplicable el procedimiento antes visto, regulado por el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El principal objeto de la comparecencia en un expediente de adopción consistirá en la prestación del consentimiento⁴⁶⁹ para que se constituya la adopción, por parte del adoptante o adoptantes y de los adoptados que sean mayores de doce años (artículo 177 del Código Civil, 235-40 del Código Civil de Cataluña y 36 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria). Este consentimiento debe prestarse en presencia del Juez. Asimismo, en la comparecencia también deberán prestar el asentimiento el cónyuge o pareja estable de quien ya tiene determinada la filiación del adoptando y los progenitores del adoptando no emancipado, salvo que estuvieran privados de la patria potestad o bien hubieran transcurrido dos años desde la declaración de desamparo y no la hubieran impugnado (artículos 177.2 del Código Civil y 235-41 del Código Civil de Cataluña y 37 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria). Ahora bien: la legislación catalana exige un plus a la hora de prestar el asentimiento, ya que este asentimiento se podrá prestar fuera de Cataluña por medio de documento público, o bien haberse prestado ante la misma Entidad Pública, salvo que se hubiera asentido en un plazo superior a seis meses, mientras que en el caso catalán, se exige que el asentimiento se preste ante la Autoridad judicial. En todo caso, el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta transcurridas seis semanas desde el parto (artículos 177.2.5º del Código Civil y 235-41.2 del Código Civil de Cataluña).

El proceso de adopción es un proceso, como puede verse, altamente garantista. Los intereses en juego en el expediente de adopción son lo suficientemente delicados e importantes como para que los derechos y el interés superior del menor deban quedar

⁴⁶⁹ Artero Felipe, José Luis: *El elemento volitivo en la adopción*. Acciones e investigaciones sociales, nº 12, 2001, páginas. 53-76

debidamente salvaguardados, por medio de la intervención del Ministerio Fiscal, como también del Juez que dirija la tramitación del expediente en cuestión. Por ese motivo, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria determina en su artículo 39 que el Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción sea en interés del adoptando, debiendo mantener las actuaciones la debida reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva, excepto en los supuestos relativos a la necesidad de mantener determinados vínculos con la familia de origen del menor.

El expediente de adopción será resuelto por Auto motivado del Juez que lo haya tramitado, contra el cual cabrá interponer recurso de apelación que se tramitará por las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 458 y siguientes), debiendo ser tramitado con carácter preferente y sin que el recurso produzca efectos suspensivos. Una vez constituida la adopción por medio del correspondiente Auto y una vez éste haya devenido firme, el Letrado de la Administración de Justicia deberá remitir de oficio testimonio de la resolución al Registro Civil, a los efectos de que pueda ser inscrita la adopción.

3.2.4.2.3. La delegación de guarda con fines de adopción

La reforma del Código Civil en materia de adopción, llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha introducido una figura nueva en torno a las figuras jurídicas de protección de menores en el nuevo artículo 176 bis del Código Civil, que el mismo precepto denomina delegación de guarda con fines de adopción. Sin duda el legislador es consciente del colapso de la Administración de Justicia que impide que los procedimientos tramitados puedan respetar los plazos que las leyes procesales determinan, que hacen que la gran mayoría de resoluciones adviertan que en el procedimiento se han cumplido todas las previsiones legales, excepto los plazos para dictar resolución, como consecuencia del cúmulo de asuntos que se tramitan ante el órgano judicial en cuestión.

Como ya se ha visto, existen también situaciones en que la Entidad Pública puede efectuar una delegación de guarda del menor para estancias, salidas de fines de semana o vacaciones (artículo 172 ter 3 del Código Civil). No obstante, en este caso la delegación de guarda tiene una finalidad que va más allá de la mera temporalidad de la delegación y evidentemente piensa en la lentitud del sistema judicial, puesto que La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. En este caso, las personas guardadoras no podrán serlo más que quienes ya tengan previamente una intención adoptiva y hayan acreditado su capacidad a tal fin hayan consentido la guarda preadoptiva, se las haya declarado idóneas y hayan sido asignadas para la adopción. A tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela. Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

La nueva guarda preadoptiva puede suponer, salvo que convenga otra cosa al interés del menor, que la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva excepto en los casos previstos en el artículo 178.4 del Código Civil, por el que puede estar ya prevista con anterioridad la posibilidad de que se mantengan las relaciones del adoptando con la familia de origen.

Es evidente que el legislador no ignora la tremenda lentitud de la Administración de Justicia en la tramitación y resolución de los asuntos que se le plantean. Por ello y para avanzar cautelarmente los efectos de la decisión judicial, mediante la guarda preadoptiva, se determina ahora que la propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en el que

se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción, si bien cuando la Entidad Pública considere necesario, en función de la edad y circunstancias del menor, establecer un período de adaptación del menor a la familia, dicho plazo de tres meses podrá prorrogarse hasta un máximo de un año. Además, para el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor.

3.2.4.2.4. La exclusión de la adopción

El artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria advierte de que cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguna persona que deba ser citada en el procedimiento, o si citada debidamente, con los apercibimientos oportunos, no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, sin perjuicio, en su caso, del derecho que a los progenitores concede el apartado 2 del artículo 180 del Código Civil.

Esto supone que a pesar de que el asentimiento sea un elemento importante y aparentemente ineludible en el proceso de adopción, en realidad pueden darse dos supuestos en que el asentimiento se obvie: el primero, cuando se desconozca el paradero de quien o quienes deban asentir o ser oídos, siempre que se hubiera llevado a cabo la correspondiente investigación del paradero de todos ellos, tal como ordena el artículo 38.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. El segundo caso consistiría en que pese a haberse practicado la citación, no se hubiera comparecido por parte de los interesados, si bien para que se ocasione la exclusión de trámites por esta incomparecencia, se requerirá que la misma derive de una segunda citación que debería haberse realizado con el apercibimiento de que aunque se deje de comparecer, el expediente proseguirá su trámite.

Evidentemente, la adopción constituida en este caso será válida, a pesar del trámite frustrado del asentimiento, pero esta incomparecencia o bien la falta de audiencia de quien o quienes tuvieran derecho a ello puede tener una influencia decisiva en el vínculo adoptivo

constituido, ya que esta falta de comparecencia permitirá a los progenitores que no han intervenido instar la extinción de la adopción que no contó con su intervención. El artículo 180.2 del Código Civil permite así que el Juez acuerde la extinción de la adopción a petición de cualquiera de los progenitores que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor. En aquellos casos en que el adoptado fuere mayor de edad, la extinción de la adopción requerirá su consentimiento expreso.

Consecuentemente, en aquellos casos en que la adopción se constituya sin el asentimiento de los progenitores, cabrá hablar de la existencia de una adopción condicionada a una posible solicitud de extinción de la adopción, que siempre se verá a su vez condicionada a diversas circunstancias: la primera, que sólo los progenitores podrán solicitar la extinción y sólo ellos ostentarán la legitimación activa en este supuesto. La segunda, que será necesaria la falta de culpa por parte de los progenitores en lo relativo a su exclusión en el expediente de adopción. La tercera, que la acción de exclusión de la adopción sólo podrá ejercitarse durante el plazo de caducidad de dos años, desde la constitución de la adopción. La cuarta, que el Juez deberá valorar si la extinción es o no perjudicial para el adoptado, ya que en caso de lo fuera, no podría excluirse la adopción. Y la quinta, que en el supuesto de que el adoptado fuera mayor de edad, deberá también dar su consentimiento a la extinción de la filiación adoptiva.

De cara al adoptado, es importante tener en cuenta que la extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos, por lo que se entiende que el adoptado queda protegido ante la posible extinción de su adopción (artículo 180.3 del Código Civil).

Puede advertirse también que la acción de exclusión no deja sin efecto la posibilidad de instar la acción de nulidad de la adopción (ex artículo 6.3 del Código Civil), por entenderse que no se puede aplicar a tal supuesto la caducidad bianual ya referida, ante

la concurrencia de vicios jurídicos insalvables, tal como así admitió, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2001⁴⁷⁰

3.2.4.3. La adopción internacional

La denominada adopción internacional es la definida por el artículo 1.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional como aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España⁴⁷¹. La reciente reforma añade serias modificaciones al código civil tanto en el ámbito material (al incluir nuevas figuras protectoras, la aparición de la regulación de las fases previas a la constitución judicial de la adopción internacional, así como las autoridades que deberán intervenir y también afecta al reconocimiento de aquellas adopciones que se hubieran constituido en el extranjero⁴⁷² e incorpora importantes modificaciones en el Código civil, que afectan tanto al ámbito material (se introducen nuevas figuras protectoras, por ejemplo) como a la normativa conflictual sin dejar de lado, una nueva modificación de la institución adoptiva, especialmente en lo que se refiere a las fases previas a la constitución judicial de la adopción internacional, como a las autoridades intervinientes y al reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero. La reforma es de gran calado, dado que afecta a un gran número de disposiciones del Código Civil en materia de protección de menores y, en particular a las normas de Derecho internacional privado relativas a la ley aplicable a la filiación, protección de menores y

⁴⁷⁰ Roj: STS 5936/2001 - ECLI:ES:TS:2001:5936 Id Cendoj: 28079110012001102158

⁴⁷¹ Calvo Caravaca, Alfonso Luis – Carrascosa González, Javier: *Derecho Internacional Privado – II*, Editorial Comares. Granada, 2016. Página. 415-419.

⁴⁷² Guzmán Peces, Montserrat: *Exégesis de las reformas introducidas por la Ley 26/2015 en el ámbito de la adopción internacional*. Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá) 2016, 2017, no. 9, p. 155-182.

mayores (novedad) y las obligaciones alimenticias: La adopción internacional se regirá en España, según establece el artículo 9.5 del Código Civil, que será la norma mencionada (la Ley 54/2007) la que regule la cuestión en España y asimismo, también será de aplicación lo que disponen los artículos 235-44 a 46 del Código Civil de Cataluña⁴⁷³. La regulación española, por otra parte, se ve complementada con los convenios internacionales de los que España es parte: la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993 (B.O.E. 182, de 1 de agosto de 1995). Debe advertirse que la norma española no ha satisfecho plenamente las expectativas que se tuvieron al respecto

Los principios que deben inspirar la aplicación de la Ley de Adopción Internacional son los establecidos por los Convenios mencionados⁴⁷⁴, tal como advierte el artículo 3 de la norma, entendiendo especialmente que deben también el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños y el Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, y del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Asimismo, también se dispone que el Estado deberá incluir los estándares y salvaguardas previstos en dichos instrumentos en los acuerdos o Convenios bilaterales relativos a la adopción y protección internacional de menores que suscriba con Estados no contratantes u obligados por los mismos. Junto con los mencionados, también deben tenerse en cuenta los convenios bilaterales que España ha suscrito en materia de adopción con otros países, como Bolivia

⁴⁷³ Zabalo Escudero, M.E., *El artículo 9.5 del Código Civil y la adopción extranjera (Modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y por la Ley 18/1996, de 18 de mayo)*, Anuario, 1999 (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación), 2000, páginas. 271-282.

⁴⁷⁴ Adroher Biosca, S.: *La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los "santos inocentes"*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 711, Enero - Febrero 2009. Páginas. 14-54

(Acuerdo de 20 de octubre de 2001, B.O.E. 304, de 20 de diciembre de 2001), Filipinas (Protocolo de 12 de noviembre de 2002, B.O.E. 21, de 24 de enero de 2003) y Vietnam (Convenio de 5 de diciembre de 2007, B.O.E. 16, de 18 de enero de 2008).

Las normas establecidas por los artículos 235-44 a 46 del Código Civil de Cataluña atribuyen exclusivamente a la Generalitat de Cataluña la intervención en casos de adopción de menores extranjeros que se encuentran en situación de desamparo en Cataluña, según el artículo 4.2 del Reglamento de Protección de Menores Desamparados (Decreto 2/1997, de 7 de enero). Sin embargo, el artículo 9.5 del Código Civil redirige esta adopción a lo dispuesto por la Ley de Adopción Internacional, aplicable por ello a las constituidas en España, como también a las constituidas en el extranjero.

En todo caso, la Legislación estatal o bien la catalana tienen como base el Convenio de La Haya de protección del menor y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, que establece la distribución competencial y los principios de cooperación entre Autoridades de los Estados que intervienen (el de origen o residencia del menor y del residencia de los adoptantes), el reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero que contengan un certificado de conformidad y que establece también principios de protección del interés superior del menor adoptado, para la garantía de sus derechos fundamentales.

La constitución de adopciones internacionales por parte de la jurisdicción española queda regulada tanto por el artículo 14.1 de la Ley de Adopción Internacional, como también por los artículos 10 y 12 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, de manera que Los órganos judiciales españoles aplicarán en estos casos la ley determinada por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado, siendo competentes cuando el adoptando tenga nacionalidad española, o si reside habitualmente en España, o bien si el adoptante tiene nacionalidad española o el adoptante resida habitualmente en España. Ambos criterios de atribución de la competencia (nacionalidad o residencia) se

deberán apreciar de oficio con la presentación de la correspondiente solicitud a la Entidad pública correspondiente⁴⁷⁵.

La competencia objetiva y territorial del Tribunal competente viene determinada por el artículo 16 de la Ley de Adopción Internacional, que remite a su vez a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, cuyo artículo 33 dispone que En los expedientes sobre adopción, será competente el Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante y en el caso de no poder determinarse la competencia territorial con arreglo alaregla anterior, ésta corresponderá al órgano judicial que los adoptantes elijan.

Tal como ya se comentó anteriormente, la adopción regulada y prevista en España es la adopción plena, si bien la Ley de Adopción Internacional admite que puedan constituirse, con arreglo a legislaciones extranjeras, adopciones simples o menos plenas, que puedan contar con unos efectos que no sean paralelos a los contemplados por el ordenamiento español. En estos casos, el artículo 15 de la Ley de Adopción Internacional prevé que sea posible la conversión de estas adopciones en una adopción plena. Sin embargo, para la conversión de estas adopciones simples en plenas, sólo será necesario que el consentimiento haya sido prestado tras el nacimiento y en cuanto a las adopciones simples que se hayan constituido en el extranjero, será imposible su reconocimiento , si se oponen al orden público, siempre y cuando quepa hablar de incompatibilidad manifiesta y según si el consentimiento se hubiera prestado con posterioridad, sin respetar los plazos al efecto, en cuyo caso no se verá impedido el reconocimiento de la adopción⁴⁷⁶.

Asimismo, el artículo 17 de la Ley de Adopción Internacional admite la competencia de los cónsules de España para la constitución de adopciones internacionales, en dos supuestos: primero, siempre que el Estado local no se oponga a ello ni lo prohíba su legislación, de conformidad con los Tratados internacionales y otras normas internacionales de aplicación. Y, segundo, si el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación

⁴⁷⁵ Calvo Caravaca, Alfonso Luis – Carrascosa González, Javier: *Derecho Internacional Privado – II*, Editorial Comares. Granada, 2016. Página. 425-426.

⁴⁷⁶ Guzmán Peces, Montserrat: *Op. Cit.*, p. 160

consular correspondiente y no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública de acuerdo con lo establecido en las circunstancias 1.^a, 2.^a y 4.^a del artículo 176.2 del código Civil. La nacionalidad del adoptante y la residencia habitual del adoptando se determinarán en el momento de inicio del expediente de adopción consular, que se deberá ajustar al procedimiento de adopción regulado por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Para el caso de que el adoptante no hubiera residido en España en los dos últimos años al inicio del expediente, será de aplicación el artículo 24 de la Ley de Adopción Internacional, por lo que cuando la autoridad extranjera que va a constituir la adopción, siendo el adoptante español y residente en dicho país, solicite información sobre él a las autoridades españolas, el Cónsul podrá recabarla de las autoridades del último lugar de residencia en España, o facilitar la información que obre en poder del Consulado o pueda obtener por otros medios, no haciéndose necesario por ello la obtención de propuesta previa de la Entidad pública.

La adopción internacional que se constituya podrá darse conforme a la legislación española, o bien a la ley extranjera, contando cada una de ellas con reglas distintas⁴⁷⁷. En primer lugar, la adopción que se constituya por la autoridad española se verá ajustada a la legislación española en dos supuestos previstos por el artículo 18 de la Ley de Adopción Internacional: a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción y b) Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España. Sin embargo, deberá aplicarse la legislación de la nacionalidad del adoptando en lo relativo a su capacidad y en todo lo referido a consentimientos necesarios, siempre que a) El adoptando resida habitualmente fuera de España al constituirse la adopción y b) Si el adoptando no ha de adquirir la nacionalidad española, como consecuencia de la adopción. En todo caso, la legislación del Estado de nacionalidad del adoptando será aplicada si con ello se facilita la validez en dicho Estado de la adopción constituida en España, evitando así la constitución de adopciones claudicantes, por lo que en caso de que la autoridad española estime que la

⁴⁷⁷ Calvo Caravaca, Alfonso Luis – Carrascosa González, Javier: *Derecho Internacional Privado – II*, Editorial Comares. Granada, 2016. Página. 429-436

aplicación de la ley extranjera no influye en la validez de la adopción, no la aplicará (artículo 19.2 y 3 de la Ley de Adopción Internacional).

En todo caso, la autoridad española competente para la constitución de la adopción podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando, requiriéndose dos cuestiones: a) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones repercuta en interés del adoptando, entendiéndose que concurre «interés del adoptando», particularmente, si la toma en consideración de las leyes extranjeras facilita, según criterio judicial, la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto y sólo en la medida en que ello sea así. b) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones sea solicitada por el adoptante o por el Ministerio Fiscal (artículo 20 de la Ley de Adopción Internacional); y, en todo caso, se deberá aplicar la legislación española, en los supuestos de tramitación por parte de la autoridad española⁴⁷⁸

En el caso de Cataluña, la Generalitat de Cataluña es la autoridad central a que se refiere el Convenio de La Haya⁴⁷⁹, con respecto a los residentes en Cataluña, siendo la autoridad autonómica la que deberá expedir el certificado de idoneidad y quien asume las obligaciones del Estado. Las reglas de aplicación en Cataluña se encuentran en el artículo 235-44 del Código Civil de Cataluña y se concretan en los siguientes aspectos:

1.- La adopción y el acogimiento internacionales deben respetar los principios de los convenios de derechos fundamentales relativos a los niños, las normas convencionales y las normas de derecho internacional privado que sean de aplicación (artículo 235-44.1 del Código Civil de Cataluña).

2.- En la adopción y el acogimiento internacionales debe garantizarse: a) Que interviene una autoridad competente. b) Que se respeta el principio de subsidiariedad de la adopción internacional. c) Que la adopción o el acogimiento responden al interés del menor.

⁴⁷⁸ Guzmán Peces, Montserrat: *op.Cit.* p. 173

⁴⁷⁹ Calvo Caravaca, Alfonso Luis – Carrascosa González, Javier: *Derecho Internacional Privado – II*, Editorial Comares. Granada, 2016. Página. 449-450

d) Que el menor puede ser adoptado.e) Que los consentimientos requeridos se dan libremente, sin recibir contraprestación alguna, conociendo las consecuencias y los efectos que se derivan, especialmente en cuanto a la ruptura definitiva, en el caso de la adopción, de todo vínculo jurídico con la familia de origen.f) Que la adopción o el acogimiento no comportan un beneficio material indebido para las personas responsables del menor o para cualquier otra persona.g) Que el menor, si tiene suficiente juicio, es escuchado (artículo 235-44.2 del Código Civil de Cataluña).

El Código catalán advierte igualmente que no pueden iniciarse trámites para adoptar menores en países en situación de conflicto bélico o desastre natural (artículo 235-44.3).

Y excepcionalmente, cuando no exista adopción ni institución equivalente en el país de origen del menor, la autoridad judicial puede disponer, de modo excepcional la constitución de la adopción en aquellas situaciones análogas al acogimiento o a la tutela, constituidas en el extranjero con finalidad protectora permanente. Son requisitos imprescindibles que la constitución de la adopción sea necesaria para el interés del menor, que lo permitan las normas de derecho internacional privado aplicables y que la entidad pública competente de la residencia de la familia emita el certificado de idoneidad respecto a la persona o personas que lo tienen confiado y solicitan su adopción (artículo 235-44.4 del Código Civil de Cataluña).

Y 3- La entidad pública competente solo debe tramitar las adopciones de menores originarios de los países en los que quede suficientemente garantizado el respeto a los principios y a las normas de la adopción internacional y la intervención debida de sus organismos administrativos y judiciales (artículo 235-45.1 del Código Civil de Cataluña). A tal fin y para garantizar el pleno respeto a los derechos de los menores, en el caso de adopciones internacionales, la entidad pública competente ejercerá las siguientes funciones:

a) Adoptar medidas para evitar lucros indebidos e impedir prácticas contrarias al interés del menor.b) Reunir y conservar la información relativa a los adoptados y a sus orígenes y garantizar su acceso si la ley lo permite.c) Facilitar y seguir los procedimientos de adopción.d) Asesorar sobre la adopción y, si es preciso y en la medida permitida por la ley, hacer el seguimiento de las adopciones, si lo exige el país de origen de la persona que

quiere adoptarse.e) Seleccionar las personas y familias solicitantes valorando su idoneidad de acuerdo con los criterios y procesos que mejor favorezcan el éxito del proceso adoptivo.f) Determinar el perfil del menor en concordancia con el de la persona o familia adoptante, para facilitar el encaje del menor y el éxito de la adopción. El procedimiento administrativo contará con las mismas fases que la adopción nacional.

En cuanto a la mediación en la adopción internacional, el artículo 235-44.6 del Código Civil de Cataluña advierte que sólo puede intervenir con funciones de intermediación para la adopción internacional la entidad pública competente de la Generalitat. No obstante, la Generalitat puede acreditar entidades colaboradoras para el ejercicio de estas funciones en los términos y con el cumplimiento de los requisitos que se establezcan por reglamento. En todo caso, estas entidades no deben tener ánimo de lucro, deben estar legalmente constituidas, deben tener como finalidad la protección de los menores y deben defender el interés primordial del menor por encima de ningún otro, de acuerdo con las normas de derecho internacional aplicables. Además, deben someterse a las directrices, la inspección y el control de la entidad pública competente⁴⁸⁰.

En segundo lugar, la adopción internacional también podrá verse regida por el Derecho extranjero, cuando el adoptando no tenga su residencia habitual en España y no haya sido o no vaya a ser trasladado a España con el fin de establecer su residencia habitual en España. Ahora bien, tal como dispone el artículo 23 de la Ley de Adopción Internacional, en ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español.

⁴⁸⁰ Marre, Diana. La adopción internacional y las asociaciones de familias adoptantes: un ejemplo de sociedad civil virtual global. Grup de Estudis de Família i Parentiu, Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Vol. VIII, núm. 170 (4), 1 de agosto de 2004, en goo.gl/GF7jvM, a 24/03/2017, páginas. 2-11.

Los efectos de la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España con arreglo a lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España, y, en especial, con arreglo al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Tales normas prevalecerán sobre la Ley española de Adopción Internacional (artículo 25 de la Ley de Adopción Internacional).

En caso de que no existan Tratados o Convenios internacionales aplicables, la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos: 1.- Que haya sido constituida por autoridad extranjera competente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido. Se presumirá, en todo caso, que son competentes aplicando de forma recíproca las normas de competencia que establecen, con carácter general, que los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción en los siguientes casos: a) Cuando el adoptando sea español o tenga su residencia habitual en España. Y b) Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España. 2.- Que la adopción no vulnere el orden público. A los efectos del reconocimiento de la adopción por autoridad extranjera, se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación. En todo caso, cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español. Esta previsión resulta discutible en algún sector doctrinal⁴⁸¹, para el que si la adopción se constituyó por autoridad extranjera, conforme a un ordenamiento que lo permitía, lo básico es que tales normas admitieran la adopción plena, previa prestación de consentimientos y

⁴⁸¹ Guzmán Peces, Montserrat: *op.Cit.* p. 177.

formalidades procesales necesarias. Por ello, la duda se encuentra en que en algunos países, la adopción simple o menos plena era la única admitida y en otros tenían cabida ambas. Así, si la ley extranjera aplicada no previera la adopción plena, no quedaría justificado para este planteamiento doctrinal que se transformase una medida de protección del menor (la adopción menos plena o simple) en una filiación adoptiva directamente, con la consiguiente desaparición de vínculos con la familia biológica⁴⁸².

De modo especial, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes.

La autoridad pública española ante la que se suscite la validez de una adopción constituida por autoridad extranjera y, en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la inscripción de la adopción constituida en el extranjero para su reconocimiento en España, controlará, incidentalmente, la validez de dicha adopción en España con arreglo a las normas contenidas en el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, a través de la presentación del certificado de conformidad y de que no se ha incurrido en la causa de no reconocimiento prevista en el artículo 24 de dicho Convenio⁴⁸³. Cuando los menores adoptados provengan de países no signatarios del mismo, el Encargado del Registro Civil realizará dicho control incidental verificando si la adopción reúne las condiciones de reconocimiento previstas en los artículos 5.1.e), 5.1.f) y 26.

En los casos en que la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia

⁴⁸² Calvo Caravaca, Alfonso Luis – Carrascosa González, Javier: *Derecho Internacional Privado – II*, Editorial Comares. Granada, 2016. Página. 466-471

⁴⁸³ Adroher biosca, S. *La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los “santos inocentes”*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, enero-febrero 2009, núm. 711, p. 46.

deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.

Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero. No se exigirá dicha declaración de idoneidad en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiera requerido la misma. Las decisiones de la autoridad pública extranjera en cuya virtud se establezca la conversión o nulidad de una adopción surtirán efectos legales en España con arreglo a los requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales.

Será también requisito necesario cuando el adoptando fuera español en el momento de constitución de la adopción ante la autoridad extranjera competente el consentimiento de la Entidad Pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España.

Lógicamente, se exigirá que el documento en el que conste la adopción constituida ante autoridad extranjera deba reunir los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción a idioma oficial español. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes. Así, cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su residencia habitual en España deberán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y de adopción conforme a las normas contenidas en la Ley de Registro Civil para que la adopción se reconozca en España.

3.2.4.4. Aspectos concretos del proceso de adopción en el caso de parejas homoparentales

Posiblemente pueda entenderse innecesario dedicar una reflexión especial sobre la adopción por parte de parejas estables o matrimoniales homoparentales. Pero una vez visto cuál es el proceso que debe seguirse para poder adoptar, es necesario puntualizar una serie

de aspectos concretos que como consecuencia de la práctica del proceso comentado han ido generando dudas o han provocado obstrucciones innecesarias que obligan al examen de los siguientes aspectos: la viabilidad jurídica de la filiación por adopción de parejas homoparentales; las situaciones concretas e inexplicables de obstrucción en los procesos de adopción en las parejas homoparentales, desde 2005; y la declaración de idoneidad para adoptar de persona o personas homosexuales, entendido como la evaluación del equilibrio entre deseo de parentalidad y capacidades para ejercerla, con la aplicación de protocolos y prácticas para acceder y obtener la idoneidad que dependerán en su contenido de la comunidad autónoma en que se tramite el proceso⁴⁸⁴.

3.2.4.4.1. La viabilidad jurídica de la filiación por adopción de parejas homoparentales

Tal como bien apunta Daniel Borrillo⁴⁸⁵, la libertad de procreación se encuentra en el origen de la filiación, pero ésta no disfruta del monopolio en la materia (es el caso de la filiación adoptiva, la posesión de estado o la presunción de paternidad). La filiación sólo existe cuando queda establecida conforme a los requisitos y modos previstos en la norma jurídica, no por la biología. En realidad, en nuestro tradicional modelo civil se ha otorgado un papel preponderante a la voluntad y se parte de la disociación entre matrimonio y filiación, así como de filiación frente a la reproducción al margen de la condición heterosexual de los futuros padres.

Para las familias homoparentales, la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida son las vías de acceso a la filiación: la adopción, tanto para parejas de dos hombres o dos mujeres, si bien en teoría es la vía adecuada a los hombres; las técnicas de reproducción humana asistida, para las parejas de mujeres, si bien también las parejas de

⁴⁸⁴ Pedreira Massa, J.L., Rodríguez Piedra, R. y Seoane Lago, A.: Parentalidad y homosexualidad. En PSICOLOGIA.COM. 2005; 9, en goo.gl/M5CK6Z, página. 6.

⁴⁸⁵ Borrillo, Daniel: *La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l'éthologie naturaliste de la filiation*, páginas 121-136.

hombres acceden a la filiación a través de dichas técnicas, por medio de la denominada gestación subrogada, que será objeto de análisis en el siguiente capítulo. En cualquier caso, ambos supuestos llevan a que la Ley tiene claramente en consideración la paternidad o maternidad de deseo⁴⁸⁶, ya que biológicamente puede no existir ningún vínculo entre descendiente y ascendiente, sino únicamente la obligación legal de cumplir con el conjunto de deberes y derechos atribuidos a los progenitores, en este caso por ministerio legal.

En el capítulo anterior se examinó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Popular contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el Código Civil en materia de matrimonio. El recurso, no obstante, no se limitaba a fundamentar una pretendida inconstitucionalidad de la configuración que ahora daba la Ley al matrimonio, al permitir que dos personas del mismo sexo pudieran casarse, sino que pretendía también limitar la filiación de los matrimonios de personas homosexuales, dado que a criterio de los recurrentes, el interés del menor queda claramente en entredicho. Es evidente que este argumento es claramente insostenible y así lo remarca la doctrina⁴⁸⁷, pero tuvo que ser necesario que el propio Tribunal Constitucional dedicase el Fundamento Jurídico Duodécimo de la Sentencia a tratar la cuestión, recordando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que los Estados cuentan con un margen propio de valoración para determinar la adopción por parte de personas homosexuales, afirmando que la reforma del Código Civil impugnada no supuso quebranto alguno para el interés superior del menor, ya que utilizando el mismo argumento de una sentencia anterior⁴⁸⁸, *en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores*. Lógicamente, la justificación de lo contrario

⁴⁸⁶ Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, páginas. 356.

⁴⁸⁷ Ad ex., Matia Portilla, Fco. Javier, *Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio*, en Revista de la Facultad de Derecho de la UNED, nº 31, 2013, página 550.

⁴⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre

exigiría una justificación claramente contundente que, en este caso, ni el recurso argumentó, ni tampoco la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre.

Contrariamente, los Votos Particulares de la Sentencia sí ofrecieron diversas argumentaciones contrarias a la filiación adoptiva de las parejas homosexuales, pues en unos casos, no era admisible diferir la decisión a un Juez, dado que ello supondría colocarlo en una tesitura socialmente muy comprometida y a veces de difícil salida⁴⁸⁹; otro argumento utilizado pasó por afirmar que la intención de normalizar las parejas homosexuales haciendo posible la filiación a favor de las mismas serviría para justificar una rechazable discriminación para aquellos matrimonios que desearan adoptar⁴⁹⁰, llegando a afirmarse que *la unión entre dos personas de distinto sexo que es vinculante para todo el ámbito del Derecho de Familia, singularmente en la filiación y en las relaciones paterno-filiales tanto en lo que respecta al Derecho Público como al Privado*⁴⁹¹. Tal como bien apunta Fco. Javier Matia, “resulta llamativo que ningún voto particular utilice los argumentos manejados por la mayoría en relación con el matrimonio, como podría ser hacer notar que el grado de aceptación social de la adopción por parejas homosexuales es menor al referido a su unión matrimonial, o recordar que existen también mayores reservas doctrinales en esta materia. Aunque tales opiniones demostrarían que la cuestión que ahora nos ocupa genera un mayor debate social que la relacionada con la del matrimonio, no podrían desacreditar que sea el legislador democrático quien la regule, siempre que, como aquí es el caso, dicha normativa no sea contraria a la Constitución”.⁴⁹²

Pues bien: a pesar de la aparente claridad en la consecuencia de la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio y de su ajuste a la Constitución en todos los aspectos derivados del matrimonio y del posible establecimiento de filiación adoptiva a favor de sus miembros,

⁴⁸⁹ Voto Particular del Magistrado Rodríguez Arribas a la STC 198/2012, de 6 de noviembre.

⁴⁹⁰ Voto particular del Magistrado Ollero Tassara a la STC 198/2012, de 6 de noviembre.

⁴⁹¹ Voto particular del Magistrado González Rivas a la STC 198/2012, de 6 de noviembre.

⁴⁹² Matia Portilla, Fco. Javier, Op. Cit., página 551.

algunos autores⁴⁹³ argumentaron poco antes de la publicación de la Sentencia 198/2012, de 8 de noviembre, que no resultaba posible ni legal la adopción por parte de parejas homosexuales (estables o matrimoniales), dado que las normas reguladoras de instituciones distintas al matrimonio, tales como la adopción, no se podían ver afectadas por la nueva concepción del matrimonio igualitario instituida por la Ley 13/2005, ya que tales normas se referían en exclusiva a una institución para parejas heterosexuales y no homosexuales.

Por el contrario, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla⁴⁹⁴ defiende una visión ajustada a la que mantiene el Tribunal Constitucional en su Sentencia 198/2012, desde la óptica de una interpretación dinámica basada en la realidad social del momento en que deba aplicarse la norma jurídica en cuestión: el artículo 32 de la Constitución española. Y en este sentido, este punto de vista afirma justamente todo lo contrario, a través de la argumentación no sólo de que sí es posible que un matrimonio de dos personas de un mismo sexo pueda adoptar, en virtud de la legislación vigente, dado que considerar que la legislación en materia de adopción veta esta posibilidad, supondría en tal caso lo mismo que entender que si estas normas son impositivas y, por tanto, infringen el derecho a la igualdad y a la no discriminación, las mismas se deberían entender contrarias a la Constitución, sobre todo tras la argumentación empleada por la STC 198/2012, pues la Ley 13/2005 no pretendió en ningún caso la creación de dos clases de matrimonios en que uno de ellos tuviera más derechos que el otro.

En definitiva, es evidente que tras la ley 13/2005, la adopción conjunta o bien sucesiva por parte de parejas de personas homosexuales es claramente viable, siempre que se cumplan los requisitos legales a tal fin y que por parte de la Entidad pública correspondiente pueda valorarse la idoneidad de la pareja, o bien que en el caso de la adopción sucesiva, existan los requisitos mínimos y la prestación de consentimientos en

⁴⁹³ Benavente Moreda, Pilar, *La Filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual, Anuario de Derecho Civil, Tomo LXIV, 2011 fasc. 1, páginainas 117 a 123.*

⁴⁹⁴ Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo, *Matrimonio y Constitución (presente y posible futuro)*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2013, páginainas 210 a 228.

ambos casos que hagan viable la constitución de la adopción. Por ello, la reforma del Código Civil, lejos de poder entenderse inconstitucional en el aspecto de que a través de ella se hacía viable la adopción por parte de parejas homosexuales, debe entenderse favorecedora del interés del menor por dos motivos: el primero, porque los procesos de adopción se convierten en procesos claramente transparentes, en que ningún adoptante simulará su soltería y que no está unido a una pareja de su mismo sexo, pudiendo con ello la Entidad Pública valorar adecuadamente la situación con total claridad. El segundo de los motivos pasa porque con ello se brinda una mayor seguridad jurídica al adoptando, ya que el menor se encontrará bajo la patria potestad y tutela de quienes estarán desarrollando las funciones parentales respecto del mismo, cosa que hasta la reforma era imposible legalmente, provocando situaciones durísimas respecto al menor (en esos casos sí, claramente contrarias a su superior interés), ante el fallecimiento de quien tenía determinada a su favor la filiación (quedando el menor sin vínculo alguno respecto del progenitor superviviente) o bien ante supuestos de separación de la pareja (pues en ese caso, el mantenimiento de vínculos con quien no tuviera determinada la filiación dependería exclusivamente de la buena voluntad de quien sí la hubiera determinado inicialmente para sí).

3.2.4.4.2. La declaración de idoneidad de persona o personas homosexuales para adoptar

Tal como se ha visto anteriormente, un elemento capital para poder determinar la filiación adoptiva a favor de una persona o bien de una pareja estable o matrimonial, pasa por la obtención de la declaración de idoneidad para adoptar, que deberá reconocer la Entidad Pública que corresponda. El artículo 176.3 del Código Civil entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción, suponiendo ello la evaluación del equilibrio entre deseo de parentalidad y capacidades para ejercerla, con la aplicación

de protocolos y prácticas para acceder y obtener la idoneidad que dependerán en su contenido de la comunidad autónoma en que se tramite el proceso⁴⁹⁵.

Por tal motivo, no podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública. Los criterios que determinan la idoneidad se circunscriben en primer lugar a las circunstancias personales de los solicitantes (respecto del equilibrio personal adecuado, la estabilidad en la relación de pareja, la salud física y psíquica que permita la atención al menor, la flexibilidad de actitudes y adaptabilidad a la nueva situación que plantea la adopción, la motivación para ejercer funciones parentales que incluyan cubrir las necesidades y faltas de un menor susceptible de adopción y las motivaciones para la adopción compartidas, en el caso de pareja); en segundo lugar, deberán valorarse las circunstancias del adoptante, en relación con las condiciones familiares y sociales (que el entorno relacional sea favorable y adecuado a la integración del menor adoptado). En tercer lugar, deberán valorarse las circunstancias socioeconómicas (la situación económica que permita la atención al menor, así como la vivienda en condiciones adecuadas). En cuarto lugar, se valorarán las circunstancias relativas a la aptitud educadora del adoptante (valorando la capacidad de cubrir las necesidades educativas o de desarrollo de un menor, que el entorno familiar pueda apoyar en la tarea educativa); y por último, se valorarán las circunstancias del adoptante en relación con el menor (No escoger el sexo de manera excluyente, aceptación de la herencia biológica del menor y aceptación y respeto a la historia, identidad y cultura del menor, o bien aceptación de la relación del menor con su familia biológica, en su caso)⁴⁹⁶.

Tal como resulta de lo expuesto, es evidente que en ningún momento la regulación jurídica de la adopción en España incluye en el catálogo de parámetros que se enumera para

⁴⁹⁵ Pedreira Massa, J.L., Rodríguez Piedra, R. y Seoane Lago, A.: Parentalidad y homosexualidad. En *Psicología.com*. 2005; 9, en goo.gl/M5CK6Z, página. 6.

⁴⁹⁶ Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos; *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*. Edisofer Libros Jurídicos, S.L., Madrid, 2016, páginas. 461-462.

la determinación de la idoneidad del futuro adoptante la valoración de la orientación sexual que la persona o personas que pretenden adoptar, como elemento ni a favor, ni en contra, de tal posibilidad. De igual manera, tampoco la orientación heterosexual es un elemento ni a favor ni en contra, a la hora de determinar la idoneidad del candidato a adoptar. A este Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, en la que expresamente advierte que *se debe rechazar la posibilidad de sostener, en términos generales, que las parejas homosexuales no sean idóneas para adoptar conjuntamente a menores, haciendo referencia a estudios sociológicos y psicológicos que desmienten el menor grado de compromiso de las parejas homosexuales, afirmando que estos informes también demuestran que lo que resulta positivo para el desarrollo del menor es permitir que quienes perciben como sus progenitores también lo sean jurídicamente. Entre la comunidad científica existe asimismo consenso sobre que el aspecto que resulta determinante para conformar el desarrollo de los niños que conviven en su seno no es la estructura de la familia, sino la dinámica de las relaciones que se dan en su seno.* Es más, los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación, contemplados por el artículo 14 de la Constitución, claramente impiden que quienes deseen adoptar puedan encontrar una traba para ello, por el mero hecho de ser homosexuales, cosa que ya venían proclamando los Tribunales españoles con anterioridad a 2005, a la hora de atribuir la guarda y custodia de los hijos ante la separación de los padres. Es bien claro el planteamiento judicial, concretado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 14 de abril de 2004⁴⁹⁷, que advierte que *Efectivamente, desde un punto de vista general, el mero hecho de que sea homosexual y conviva con otra mujer no puede constituir, sin otras circunstancias añadidas, un dato que lleve a la Sala a descartar la posibilidad de que la madre pueda ostentar la guarda y custodia de su hija menor. Esta Sala entiende, en consonancia con los tiempos en los que, afortunadamente, nos está tocando vivir, que la condición sexual de los padres no tiene por qué afectar a la educación y desarrollo personal de los hijos dado que "lo que éstos necesitan es, antes todo, amor, cariño y dedicación". Son los niños que viven en el seno de familias*

⁴⁹⁷ Roj: SAP GC 1167/2004 - ECLI:ES:APGC:2004:1167 Id Cendoj: 35016370052004100251

desestructuradas o con padres con conflictos y problemas entre sí los que pueden tener problemas de desarrollo afectivo. Los niños lo que necesitan es vivir en un entorno en el que sientan que hay amor, tranquilidad, respeto, comprensión; en el que se les escuche y respete y atiende como personas que son por muy pequeñas que sean. Y eso lo pueden (y deberían) encontrar tanto en un "hogar" heterosexual como homosexual. A los niños hay que educarles en conciencia, explicándoles que la vida cada uno puede vivirla como quiera y necesite y que hay que respetar a las personas en todo momento, aceptando sus "diferencias" o "peculiaridades".

Los contenidos básicos del informe psicosocial que determinará la idoneidad o inidoneidad de los candidatos será en relación a los siguientes aspectos⁴⁹⁸:

1.- Análisis y comportamiento durante las entrevistas de valoración: Nivel de tolerancia a la situación de examen, actitud ante la introspección y la reflexión sobre sí mismos; estilos de comunicación verbal y no verbal; Nivel de elaboración de las respuestas; Motivación para la adopción; Decisión de adoptar: quién, cuándo y por qué, cómo y cuándo se acordó; Duelo por la infertilidad, nivel de elaboración o resolución del mismo; Nivel de acuerdo entre los dos miembros de la pareja, nivel de implicación de cada uno y de ambos en el proyecto adoptivo; Exposición de los motivos que les llevaron a decidir entre la adopción nacional y la internacional. Elección de país (en su caso): por qué y conocimiento que se tiene del mismo; Opinión y grado de implicación en el proyecto adoptivo por parte de la familia extensa y personas significativas con las que se relacionan; Consecuencias futuras en la relación de la nueva familia con los otros significativos, posibles problemas de cada a integración del menor que puede conllevar si existe oposición de aquéllos y estrategias para solucionarlos.

2.- Perfil individual de cada uno de los solicitantes: Perfil psicológico individual; tendencias y características de personalidad; Historia de crisis y problemas y modos de afrontarlos; Capacidad de adaptación y flexibilidad ante el cambio; Motivaciones e

⁴⁹⁸ Vide criterios publicados en la página web del Institut Català de l'Acolliment i l'Adopció, en goo.gl/Mt3eol, a 24/03/2017

intereses; Autoestima, autoconcepto; Historia de pareja y relación actual; Desarrollo evolutivo de la relación de la pareja, incluyendo los posibles episodios de crisis y estilo de resolución de los mismos; Características personales autopercebidas, acuerdo entre ambos, valores y aspectos que desearían cambiar; Interacción habitual, nivel de dependencia o de fusión; Áreas de tensión/conflicto y aspectos gratificantes y satisfactorios de la relación.

3.- Distribución de competencias, responsabilidades y toma de decisiones: Capacidades educativas; Experiencia personal previa, educación recibida por figuras o instituciones significativas (familia, amigos, escuela ...), valoración de la misma; Valores, creencias y principios educativos; Temores, inquietudes, problemas de comportamiento que preocupan y capacidad autopercebida para afrontarlos; Estrategias de afrontamiento para resolver problemas educativos y posibles discrepancias en la pareja; Experiencia en la crianza o educación de niños.

4.- Estilo de vida familiar: Genograma, historia de las familias de origen de ambos solicitantes, vivencias, crisis relevantes y estilos de afrontamiento, trayectoria individual y lugar que se ocupa. Figuras de autoridad. Antecedentes y situación actual de salud física y psíquica; Lugar de residencia de los familiares con los que se relacionan los solicitantes y estilo de las transacciones-interacciones; Experiencias familiares en el mundo de la adopción; Apoyo social y estrés; Pertenencia a grupos sociales organizados, tipo, actividades y finalidad, tiempo dedicado a ello. Aspectos gratificantes y aspectos problemáticos; Relación con grupos informales, amigos, vecinos y familiares, actividades, tiempo dedicado, apoyos, confianza, aspectos gratificantes y problemáticas de cada relación; Actividades de ocio y tiempo libre en general, intereses personales y aficiones; Actividades ocupacionales y laborales: distribución de tiempos y disponibilidad de los mismos para atender las necesidades ante la venida de un nuevo miembro en su familia; Qué y cómo cree la pareja que va a cambiar la entrada de un niño en el sistema familiar.

5.- Actitud hacia la familia de origen y el pasado del niño: Conocimiento sobre los motivos de abandono y valoración que la pareja realiza acerca de los mismos; Creencias sobre la influencia del origen y de la historia anterior del niño, relación entre herencia-medio; Expectativas sobre posibles dificultades que se pueden presentar en la integración

familiar: temores, deseos y capacidad de afrontamiento a los mismos; Actitud hacia la revelación de la condición de adoptado de su hijo: nivel de comprensión de lo que ello implica, grado de preparación y capacidad para afrontarlo, capacidad para pedir ayuda exterior.

6.- Disponibilidad: Características deseadas y aquellas totalmente excluidas acerca del menor. Explicación de los motivos; Capacidad para aproximarse a expectativas más realistas acerca de cuáles son las características de los niños en situación de ser adoptados; Comprensión de la necesidad de concreción del proyecto adoptivo: qué niño desean y para qué niño se sienten capaces de ser padres. Hasta qué nivel de dificultad podrían asumir.

7.- Salud física y cobertura sanitaria: Estado de salud, enfermedades o discapacidades de los solicitantes y sus familias. Repercusiones ante la adopción de un niño; Consumo habitual de fármacos; Cobertura sanitaria.

8.- Situación económica y laboral: Nivel de estudios, profesión, empresa para la que trabajan, puesto de trabajo actual; Antigüedad, horario, salario. Aspiraciones y nivel de satisfacción en el trabajo; Otros ingresos adicionales; Situación económica general, organización y planificación de ingresos y gastos globales. Características de la vivienda y su entorno: tipo de vivienda, régimen de tenencia, superficie, distribución, equipamiento y mobiliario, condiciones de habitabilidad y clima' entorno donde se ubica y servicios comunitarios a los que puede tener acceso; Otras viviendas o propiedades familiares.

9.- Como criterios generales de valoración positiva, se tendrán en cuenta: Las características psicosociales de los solicitantes, valorando positivamente la estabilidad y madurez emocional que permitan el desarrollo armónico del niño; La existencia de motivaciones y actitudes adecuadas para la adopción; La relación estable y positiva de la pareja, en caso de solicitudes conjuntas; La aptitud básica para la educación del menor.

10.- Asimismo, se valorarán negativamente se establecen como criterios excluyentes para la aptitud para adoptar los siguientes: La existencia de psicopatología en alguno de sus miembros; La existencia de motivaciones inadecuadas: la motivación para la adopción se cifra en el niño en sí mismo, no basándose en motivaciones perjudiciales para

el niño, como son: la adopción como medio de resolver una patología o desajuste en la pareja, tener un heredero, medio de promover una causa social, sustituir un hijo fallecido; La existencia de duelos no elaborados; Los desajustes graves en la relación entre los futuros adoptantes; La existencia de elevados niveles de estrés sin perspectiva de cambio; La oposición a adoptar de alguno de los miembros de la pareja; El rechazo a asumir los riesgos inherentes a la adopción, así como la presencia de expectativas rígidas respecto al niño y a su origen socio-familiar; Condiciones de salud física: se valorará en qué medida la presencia de determinados problemas de salud en los solicitantes va a afectar al proceso de adopción y la crianza de un menor; La existencia en el seno familiar de personas que requieran la atención de los solicitantes y cuyas condiciones de autonomía pueden representar una carga incompatible con la adecuada atención del niño adoptado.

Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto, el reconocimiento de la idoneidad de los candidatos homosexuales (en pareja o individualmente) muchas veces se ha visto denegada, escudándose en subsumir bajo determinadas condiciones psico-sociales del candidato la base de la denegación, en lugar de afirmar que se deniega como consecuencia de la orientación sexual de la persona solicitante, puesto que una afirmación de tal calibre supondría hablar de un informe de contenido claramente ilegal. No debe olvidarse que en muchas ocasiones, el informe técnico psico-social que fundamenta la concesión o denegación de la idoneidad del candidato se lleva a cabo por parte de entidades colaboradoras, como sucede en el caso de Cataluña. Estas entidades son ajenas a la Administración, aunque estén desempeñando por delegación funciones de evaluación que corresponden a las Entidades Públicas competentes. Y puede afirmarse que estas entidades, ajenas a la Administración son personas jurídicas privadas que evidentemente tienen un ideario y puntos de vista ideológicos que como la práctica demuestra pueden traducirse en la toma de sus decisiones. Por ello es importante que los informes técnicos de idoneidad que luego fundamentan las resoluciones que determinan la posibilidad del candidato de adoptar o no deban ser emitidos por la propia Administración, a través de sus propios técnicos, que en ese caso, por mucho ideario propio que pudieran tener, deberán ajustarse a los principios de objetividad, imparcialidad y legalidad, establecidos por el artículo 3 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público.

La adopción de un menor en España implica, como se ha puesto de manifiesto, que el menor se encuentra en situación de desamparo (y por tanto es la Entidad Pública la que dirigirá la idoneidad del candidato o candidatas) o bien se trata de una adopción sucesiva, en que quien adopta es el cónyuge de quien ya tiene determinada a su favor la filiación del adoptando. El proceso más habitual es el de la adopción sucesiva, en la que la esposa o pareja estable de la madre, adopta al hijo de ésta, o bien el cónyuge de quien ya es padre, también adopta al hijo de su esposo, si bien esta adopción sucesiva es muy habitual también entre parejas estables o casadas homosexuales⁴⁹⁹. No obstante, existe un gran número de personas y de parejas homosexuales que instan el proceso de adopción de menores en situación de desamparo. En la actualidad, son pocos los menores en España en situación de desamparo que pueden resultar adoptados, respecto del número de parejas homoparentales que desean adoptar.

Como se ha manifestado, la idoneidad adoptiva no ha de resultar un problema para quien desee adoptar en España, por el hecho de que quien solicite el certificado de idoneidad se trate de una pareja homoparental. Ahora bien: es evidente que los prejuicios homófobos existen en la sociedad actual y que son muchos los casos en que los interesados ven denegada su idoneidad adoptiva, viéndose forzados a acudir a su impugnación ante el correspondiente Juzgado de Familia, obteniendo en un gran número de casos la idoneidad a través de una sentencia judicial.

Ahora bien: haya o no trabas para la obtención del informe de idoneidad para proceder a la adopción en España, el problema aparecerá en el momento en que la adopción no se plantee en España, intentando así huir de las enormes esperas derivadas de la falta de menores para ser adoptados, acudiendo a un proceso de adopción internacional. Y, en ese caso, no sólo aparecen los problemas derivados de la simple prohibición de un sinnúmero de países que directamente prohíben la adopción a parejas homosexuales, o bien las mismas agencias de adopción internacional, que incluso desalientan la adopción en el extranjero por

⁴⁹⁹ BenaventeMoreda, Pilar: *Filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual*, Anuario de Derecho Civil, Tomo LXIV, 2011 fasc. 1. Página. 103-113.

parte de personas homosexuales solas, advirtiendo de que aun obteniendo una adopción a favor de una persona homosexual sola que hubiera ocultado su orientación sexual en el país extranjero, *Si posteriormente al proceso de adopción existen pruebas firmes de la homosexualidad del adoptante (por ejemplo: contrae matrimonio con una persona del mismo sexo), el Fiscal y, en su caso, la Autoridad Central del país de adopción pueden solicitar la nulidad de la adopción, la repatriación del menor y motivar el cierre del país. Por el bien de los niños adoptados y de las familias que están en espera debemos evitar siempre los conflictos en este sentido*⁵⁰⁰.

A tal efecto, es necesario tener en cuenta que la adopción por parte de personas homosexuales, bien solas o en pareja estable o matrimonio, no se ve aceptada en todos los países. Por este motivo, las personas homosexuales, solas o en pareja, que deciden adoptar en el extranjero no deben dirigirse a Estados en que la adopción esté prohibida para las personas homosexuales. En tal sentido, atendiendo específicamente tanto a los datos brindados por la Generalitat de Catalunya, a través del Institut Català de l'Acolliment i l'Adopció (Entidad Pública competente en Catalunya)⁵⁰¹, como también de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex⁵⁰², la lista de países que en el Mundo aceptan la adopción por parte de parejas homoparentales es francamente pobre, al ceñirse exclusivamente a veintisiete países, de un total de los 194 Estados soberanos del planeta. Concretamente, además de en España, la adopción es posible en Alemania, Andorra, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Colombia, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Luxemburgo, Malta, Méjico D.F., Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, Suecia y Uruguay. De todos estos países, solamente es posible la adopción por parte de parejas homoparentales españolas en Brasil, Colombia y Méjico D.F., en los casos en que realmente existan

⁵⁰⁰ Información ofrecida por la Asociación INTERADOP a través de su página web, goo.gl/4oVrZf, a 24/03/2017

⁵⁰¹ Vide en goo.gl/QSVTq4, a 24/03/2017

⁵⁰² Informe *Homofobia de Estado 2016: Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, la protección y el reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo*, en goo.gl/Vy7JqL, a 24/03/2017

menores susceptibles de ser adoptados en estos países mencionados, al ser compatibles sus legislaciones con la española a tal efecto.

Ahora bien, lo que la práctica ha mostrado a lo largo de los años ha consistido en que cuando una pareja homoparental decidía adoptar en el extranjero, sólo uno de sus miembros solicitaba la obtención del certificado de idoneidad, fingiendo una adopción monoparental, de forma que incluso ante la visita domiciliaria administrativa, para la valoración de las condiciones de la vivienda, se llegaba a ver situaciones grotescas en que se retiraba de la casa (incluida la placa del buzón) cualquier referencia a quien no fuera el candidato a adoptante. De esta forma, obtenida la idoneidad, se constituía la adopción a favor de uno de los miembros de la pareja, generándose una clara posesión de estado entre quien legalmente no era padre (ni tenía ningún otro vínculo con el hijo de su pareja), para acudir en último lugar a la sucesión sucesiva. Este camino supone, como ya se ha comentado anteriormente, un evidente riesgo para el interés del menor, en caso de fallecimiento del padre adoptivo del menor, o bien en caso de separación de la pareja.

Estas situaciones, si bien podrían ser objeto de inspección por parte del país de origen del menor, tal como así advierten algunas entidades colaboradoras de la Administración en materia de adopción (artículo 7 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional), en la práctica casi resultan imposibles porque dichas inspecciones deberían llevarse a cabo por parte del país de origen del menor, cosa que hasta la fecha, la práctica demuestra que no es así.

En consecuencia, en la mayoría de ocasiones, las parejas homoparentales han normalizado su situación, procediendo a una adopción sucesiva del menor, por parte de quien no es aún adoptante, constituyéndose esta nueva adopción en España, conforme a la legislación española, lo que lleva a que la misma no tenga porqué ser conocida siquiera por el Estado de origen del menor adoptado, consolidándose con ello una situación familiar que *de facto* ya existía, que generaba una posesión de estado entre adoptando y adoptante sucesivo previamente a esta segunda adopción y que con ello brindaba todas las garantías necesarias al menor y a su interés superior.

3.2.4.4.3. Situaciones de obstrucción en los procesos de adopción en las parejas homoparentales

El procedimiento de adopción es, como puede verse, altamente garantista. Los intereses en juego en el expediente de adopción son lo suficientemente delicados e importantes como para que los derechos y el interés superior del menor deban quedar debidamente salvaguardados, por medio de la intervención del Ministerio Fiscal, como también del Juez que dirija la tramitación del expediente en cuestión. Estos procedimientos de adopción se ven regidos por el principio procesal inquisitivo y no por el principio dispositivo, que impera en los procesos civiles con carácter general. De esta forma, el proceso se lleva ante el Juez, quien podrá llevar a cabo las investigaciones e indagaciones que entienda oportunas, a fin de salvaguardar en este caso el interés superior del menor⁵⁰³

Desde la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de matrimonio, se han podido ver ejemplos claros de situaciones que han supuesto obstrucción de procesos adoptivos, como consecuencia de la intervención unas veces del Ministerio Fiscal y otras de miembros de la judicatura, que haciendo uso de su facultad de control de la legalidad y del interés superior del menor, han situado en clara indefensión a los progenitores y claramente al menor adoptando. Seguidamente se expondrán dos supuestos reales y muy significativos en los que claramente puede hablarse de obstrucción a la constitución de la filiación adoptiva por parte de parejas homoparentales que, si bien han concluido con la adopción debidamente constituida, sí puede afirmarse que el interés del menor se ha visto afectado por unas dilaciones procesales claramente intencionadas y que en modo alguno pueden calificarse como molestias e inconvenientes⁵⁰⁴. En este sentido, es necesario indicar que en alguna de las primeras adopciones planteadas en el seno de parejas estables o matrimoniales homoparentales

⁵⁰³ De la Oliva Santos, Andrés: *Curso de Derecho Procesal Civil I, parte general*; Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2016. Página. 228.

⁵⁰⁴ Fundamento Jurídico Sexto del Auto del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015; Roj: ATS 335/2015 - ECLI:ES:TS:2015:335A Id Cendoj: 28079119912015200003

existió más de una traba integrada en los procesos, bajo la excusa de ordenar la práctica de todas las diligencias que se estimaron convenientes para precisamente intentar no asegurar la adopción en estos casos anteriormente no planteados en España.

La Ley de la Jurisdicción Voluntaria determina en su artículo 39 que el Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción se constituya en interés del adoptando, debiendo mantener las actuaciones la debida reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva, excepto en los supuestos relativos a la necesidad de mantener determinados vínculos con la familia de origen del menor.

La legislación vasca en materia de parejas estables fue la segunda norma que reconocía en el artículo 8 de la Ley 2/2003 la posibilidad de que las parejas estables homoparentales contasen con el derecho a adoptar conjuntamente. El precepto tiene una dicción bien clara, estableciendo en su apartado primero que Los miembros de parejas formadas por dos personas del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y las parejas unidas por matrimonio y admitiendo en el apartado segundo la adopción sucesiva: La hija o hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja tendrá derecho a ser adoptado por la otra parte. Si bien es cierto que precisamente este artículo fue tachado de inconstitucional por el Gobierno conservador en el año 2003, motivándose con ello el recurso de inconstitucionalidad 5174/2003, el mismo fue desistido por el Gobierno socialista, admitiéndose el desistimiento por Auto del Tribunal Constitucional, de 14 de diciembre de 2004. Sin embargo, una vez planteado el desistimiento del recurso de inconstitucionalidad y días antes de ser dictado el citado Auto, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación (que mantuvo más allá de la fecha en que pasó a ser firme el contenido de la Ley), contra el Auto de 4 de noviembre de 2004, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Éibar, por el cual se constituyó la adopción sucesiva a favor de una mujer, pareja estable de la previamente madre de los dos menores adoptados. En este sentido, el Ministerio Fiscal defendió la peregrina tesis de que la adopción e instituciones ligadas a la misma, dentro del Código Civil y de la normativa que rige la inscripción de la filiación en

el Registro Civil, y aunque la adopción se viera constituida aplicando la Ley de Parejas de Hecho del País Vasco, no era procedente la adopción, como consecuencia de que el Código Civil no contemplaba la posible adopción por parte de parejas homoparentales. Evidentemente, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa desestimó el recurso de apelación, mediante Auto de 13 de mayo de 2005⁵⁰⁵ haciendo uso de tres argumentos: el primero, el de interpretación conforme a la realidad social del momento, de forma que no cabe entender inaplicable la legislación reguladora de la adopción incluida en el Código Civil, pues ello supondría ir contra una evolución legislativa de la que la Sala era consciente, en la inminente aprobación de la reforma del Código Civil en materia de matrimonio. El segundo argumento consideró que el artículo 8 de la Ley de parejas de hecho vasca no vulneraba los artículos 14 y 39 de la Constitución, en lo relativo a la filiación, considerando que los derechos del menor se ven respetados en la adopción, si existe la idoneidad del adoptante y condiciones necesarias en éste para brindarle los cuidados y atenciones necesarias para su educación y desarrollo. En tercer y último lugar, también se desestima el recurso por considerar que la adopción en el ámbito de una pareja estable homoparental no podía tener un acceso normal al Registro Civil, ya que en todo caso será el correspondiente Juez encargado del Registro competente quien determine cómo debe practicarse la inscripción de la adopción constituida.

Meses después de concluir el recurso de apelación comentado, a raíz de la aplicación de la Ley vasca de Parejas de Hecho, entró en vigor la Ley 13/2015, de 1 de julio, que aprobó la posibilidad del matrimonio entre dos personas del mismo sexo e hizo extensiva de esta forma la adopción a matrimonios y parejas estables homoparentales, si bien esta última posibilidad no ha quedado totalmente cerrada hasta la reforma de los artículos 175 y siguientes del Código Civil, producida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que ha establecido que la adopción será posible conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. Evidentemente, esta

⁵⁰⁵ Roj: AAP SS 408/2005 - ECLI:ES:APSS:2005:408A Id Cendoj: 20069370022005200157

referencia a las parejas estables no puede referirse únicamente a las parejas heterosexuales, sino que en la mención se engloban claramente las homoparentales, ya que en caso contrario, se estaría produciendo una discriminación totalmente carente de base jurídica.

En este sentido, cabe mencionar como ejemplo más significativo de obstrucción a una pareja matrimonial de la facultad de adopción sucesiva de la cónyuge que no tenía determinada a su favor la filiación de la hija de su esposa, respecto de la cual, desde su nacimiento se había mantenido una clara posesión de estado entre adoptante y adoptada. El asunto en cuestión fue el acaecido mediante la intervención del entonces Magistrado-Juez de Primera Instancia y de Familia de Murcia, Fernando Ferrín Calamitas⁵⁰⁶, que consiguió que el proceso de adopción 894/2006, tramitado en su Juzgado, se viera inútilmente dilatado durante seis meses, ordenando un sinnúmero de diligencias inútiles que alargaron la tramitación de una forma realmente escandalosa. En virtud del entonces vigente artículo 1.826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (similar al ya citado artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria), el Juez podía ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción, el acogimiento o su cesación resultarán beneficiosos para el menor. Con apoyo en la norma transcrita, el Magistrado fue ordenando en el proceso de adopción la práctica de pruebas claramente inútiles, máxime si se tiene en cuenta que en este caso pretendía adoptar la esposa de la madre del adoptando, a la que el Código Civil exime incluso de la obtención de un informe de idoneidad. Sin embargo, en este caso el Juez se empeñó por todos los medios en que existiera un informe de idoneidad que se determinara negativo, a través de los Servicios de Asesoramiento psicosocial de los Juzgados de Murcia. No obstante (y seguramente para su desagradable sorpresa), consiguió justamente todo lo contrario, dado que cada una de las sucesivas intervenciones de los servicios psicosociales de los Juzgados de Murcia determinaron una y otra vez la aptitud e idoneidad de la adoptante para poder hacerse cargo de quien ya poseía un determinado estado de filiación respecto a ella. Este caso fue realmente importante, no sólo porque finalmente tuvo que ser la Audiencia Provincial de Murcia la

506 Vidal Marsal, Santiago: *Els set pecats capitals de la justícia*. Ara Llibres, SCCL. Barcelona, 2014. Pàgina. 157

que constituyese la adopción, en una inexplicable fase de apelación derivada de una totalmente injustificada denegación de su constitución por la intervención del Juez de Primera Instancia, sino también porque el Magistrado acabó siendo condenado por el Tribunal Supremo por prevaricación judicial, a la pena de multa y diez años de inhabilitación especial⁵⁰⁷.

3.2.5. CONCLUSIONES A MODO DE CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA RESPECTO DE LA FILIACIÓN ADOPTIVA DE FAMILIAS HOMOPARENTALES

A lo largo del presente capítulo se ha podido ver cuál ha sido la evolución histórica de la adopción en España, cuál ha sido su pasado inmediato y cuál es su presente. Sólo en este presente (concretamente, desde el año 2002, a través de la Ley Foral Navarra 5/2002, de Parejas de Hecho) es cuando se puede hablar realmente de adopción referida a las parejas homoparentales. Y es en este presente, en que se pueden aplicar las normas jurídicas que autorizan a dos hombres o a dos mujeres a adoptar conjunta o sucesivamente, cuando han ido surgiendo las trabas que se han podido ver, a través de las Administraciones públicas (o más bien las entidades colaboradoras respecto de las que se ha externalizado la evaluación de la idoneidad de los candidatos), o bien por parte de algunos Jueces, a la hora de examinar la dinámica de los procesos de adopción.

No puede hablarse de una tipología única de parejas homoparentales que acuden a la adopción como medio para lograr la filiación. Para algunos, la adopción es la fórmula utilizada principalmente por parejas masculinas, pero en realidad es un mecanismo al que acuden indistintamente hombres y mujeres en pareja (estable o matrimonial) y también personas solas, con o sin pareja, que tarde o temprano pueden derivar en una adopción sucesiva.

⁵⁰⁷ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2009, Roj: STS 7693/2009 - ECLI:ES:TS:2009:7693 Id Cendoj: 28079120012009101200

Es evidente que el paso más importante para quienes desean adoptar, además del mero hecho de iniciar el procedimiento, pasa por la obtención del certificado de idoneidad, que les obligará a que personas desconocidas y teóricamente objetivas e imparciales valoren desde un conjunto amplísimo de parámetros las circunstancias psico-sociales de los interesados. Estas valoraciones se basarán en entrevistas personales, de cuyo contenido sólo quedará constancia, en el mejor de los casos, mediante anotaciones que el profesional pueda ir haciendo en sus intervenciones, pero que nunca se dan a firmar al interesado y, por lo tanto, al mismo se le tiene al margen de cualquier posible aceptación o desacuerdo con los datos o circunstancias que el técnico pudiera hacer constar. En estos casos, está claro que ante la amplitud de los parámetros en que se basa la idoneidad o inidoneidad del candidato, cualquier aspecto valorativo puede ir tanto a favor, como en contra, de la intención adoptiva del mismo. Por ello, es realmente necesario y urgente que en el proceso de valoración se vea respetado el principio de contradicción, que permita al candidato rebatir o acreditar lo contrario de lo que quienes efectúen la valoración pudieran expresar, ya que a través de matices relativos a la personalidad del candidato, en gran número de ocasiones exagerados por parte del servicio técnico, provocando con ello una falsa inidoneidad que en la gran mayoría de casos acaba siendo corregida a través del correspondiente proceso judicial de impugnación de la resolución administrativa que, a la postre, simplemente provocará un perjuicio para el candidato, al tener que esperar un mínimo de dos años en la tramitación de todo el proceso judicial. Esta falsa inidoneidad del candidato, camuflada bajo cuestiones que posiblemente no tendrían importancia en otros casos, es la que en algunas situaciones ha permitido que se declarara inidóneas a personas homosexuales (solas o en pareja), por el mero hecho de serlo, argumentándose cuestiones sorprendentes por parte de los informes técnicos, como que el candidato es metódico, o bien “demasiado” ordenado.

En este sentido, refiriendo siempre el interés superior del menor por un lado, y que los actos administrativos gozan de las presunciones de validez y de legalidad, la Entidad Pública correspondiente agotará todas las vías para intentar obtener mantener el contenido de la inidoneidad, por lo que aun determinándose idóneo al candidato en primera instancia, la Administración no tendrá problema alguno en interponer recurso de apelación contra la

sentencia, por lo que la dilación del proceso de adopción puede ser fatal para el interesado, cuando por ejemplo se hubiera iniciado la andadura de su adopción con una edad cercana a la que el Código Civil establece como límite, de cuarenta y cinco años (artículo 175.1 del Código Civil).

En definitiva, es necesario un proceso contradictorio y no inquisitivo de valoración de la idoneidad, en que quede constancia exacta de cuanto se pueda actuar, más aún hoy en día, mediante sistemas de grabación de sonido e imagen, que harían claramente inatacable lo que se hubiera actuado a nivel técnico.

Asimismo, es evidente que en España no hay una cantidad de menores en situación de desamparo que permita que todo adoptante pueda contar de una forma inmediata con una posible adopción, nada más obtener el informe de idoneidad. Por ello muchas personas se ven obligadas a esperar incluso durante años que aparezca el menor que la Entidad Pública considere adecuado para su asignación en adopción. En tal sentido, es un acierto la reforma del Código Civil en materia de delegación provisional de guarda del menor que se asignará en adopción, a quien por medio de resolución judicial pueda ver constituida la adopción (artículo 176 bis del Código Civil).

Y ante la falta de menores en situación de desamparo en España, es lógico que muchas personas con intención adoptiva acudan a la adopción internacional, como método en apariencia más rápido que la adopción constituida en España. Pero en este otro caso aparece también un claro problema en las relaciones internacionales del Estado con terceros países, ya que el reconocimiento legal y no discriminatorio que las parejas homoparentales tienen en España no es parejo al trato que otros países dan a las personas y a las parejas homosexuales. Por ese motivo, son recomendables dos cuestiones: la primera, que el Estado Español establezca en sus relaciones internacionales protocolos de incentivo del respeto de los derechos fundamentales de las parejas homoparentales en terceros países, que lleven su legislación al respeto de la persona homosexual (despenalizando las relaciones homosexuales o bien no aplicando normas sancionatorias administrativas) y también de las parejas homoparentales (para que puedan tener reconocidos sus derechos como pareja –estable o matrimonial- y se reconozca a su favor la filiación de sus

descendientes). Y, la segunda cuestión, consistiría en que quede regulado que las autoridades competentes en materia de adopción en España que tuvieran convenios de adopción internacional con países que admitan la adopción de menores por parte de parejas homoparentales tramiten estas adopciones con carácter preferente a las adopciones de parejas heterosexuales para estos países, por una simple base de equidad, puesto que las parejas heterosexuales contarán con más posibilidades, al poder acudir a un mayor número de países que sólo aceptan la adopción por parte de parejas heterosexuales.

3.3.- LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA FILIACIÓN DE PAREJAS HOMOPARENTALES: CUESTIONES JURÍDICAS DE INTERÉS ACTUAL

Tal como se ha podido comprobar a lo largo de este estudio, el artículo 39 de la Constitución española reconozca en términos generales e imprecisos que desde un punto de vista jurídico el concepto de familia no se puede ver encorsetado por el concepto del matrimonio (y menos aún el concepto de matrimonio entre personas heterosexuales). Esto ha llevado a que la legislación se vea obligada a reconocer realidades que hace décadas no amparaba, como las parejas estables y con ello además se hace patente que todos los conceptos jurídicos (y no en menor medida los conceptos de familia o el de filiación) se ven obligados a evolucionar y también a adaptarse a los cambios sociales que progresivamente se van dando.

El avance en la medicina y sobre todo en la rama de la medicina reproductiva hace que nuestra sociedad y también su legislación no puedan quedar dando la espalda a una realidad que, no por no estar regulada, deja de existir o bien por una falta de regulación deja indiferente a las consecuencias que los actos de la ciudadanía puedan tener. Por ello, el ordenamiento jurídico no puede cerrar los ojos ante un hecho que existe en nuestra sociedad, la maternidad subrogada, que está conduciendo a muchas personas a la generación de un vínculo de filiación, ya sea monoparental o bien en el ámbito de una pareja estable o de un matrimonio, por lo que se hace obligado que el ordenamiento español regule la cuestión frontalmente y sin disimulos, tal como hasta ahora no ha sucedido y en los apartados siguientes podrá comprobarse, y contrariamente a lo que sí han hecho otros países de nuestro entorno.

Existe actualmente una gran polémica entre juristas, sociólogos, antropólogos y personas militantes de derechos sociales, al respecto de si es admisible y merecedora tanto de reconocimiento, como de protección social la maternidad o paternidad de deseo o social. Evidentemente, los nuevos modelos de familia llevan a que la paternidad o maternidad de

deseo (y no biológica)⁵⁰⁸ se haya ido admitiendo en la historia, como veremos y, mucho más, desde la aparición y perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida. Pero evidentemente, el Derecho no puede desconocer, sin más, que la realidad social hace que las personas busquen la maternidad subrogada como un método más directo de poder obtener descendencia (haciendo uso o no de material genético propio). Y esto es lo que hace que las parejas (de hombres y mujeres, de hombres o de mujeres) y las personas solas (llevando así a núcleos monoparentales de hombre o de mujer) hagan lo posible por acudir al método de la maternidad subrogada, de forma que con las facilidades de desplazamiento actuales, si en su país de origen no pueden encontrar la respuesta adecuada a sus necesidades vitales, sin duda irán a buscarla al extranjero, donde un buen número de países sí les concederán el mecanismo ajustado a su pretensión procreativa.

El avance de la técnica producido en estos últimos cuarenta años, en materia de ingeniería genética y medicina reproductiva, ha supuesto un increíble paso en los descubrimientos científicos en general en todo el Mundo. Esto ha generado al mismo tiempo un conjunto de soluciones y cuestiones técnicas en mayor o menor medida controvertidas, que hacen que en el presente el ordenamiento jurídico y también su visión sistemática de la realidad social obligue a replantear aspectos que habían tenido una explicación simple y lineal desde hacía milenios.

El principal aspecto jurídico que se ve modificado a través de los citados cambios en materia de técnicas reproductivas se encuentra en que no se puede hacer mención al “ser nacido” o incluso al “nasciturus”, sin más, cuando se pretende explicar jurídicamente el instituto de la filiación, tal como se ha venido haciendo hasta hace unos pocos años. En este sentido, según advierte Carlos Martínez de Aguirre⁵⁰⁹, “la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida permanece en cierta medida al margen de la clasificación entre filiación por naturaleza y adopción, aunque en ocasiones pueda encajar en algunos de

⁵⁰⁸ Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, páginas. 353-356.

⁵⁰⁹ Martínez de Aguirre, Carlos, Op. Cit., página 329.

sus términos. En concreto, cuando el hijo ha sido concebido empleando gametos de quienes va a aparecer jurídicamente como sus progenitores, la situación es fácilmente reconducible a la filiación por naturaleza. Más problemas presenta el caso en el que el hijo ha sido concebido empleando semen de donante, con consentimiento del marido (o, más en general, del varón al que se va a atribuir la paternidad): en este caso es jurídicamente padre el marido (o el varón que consintió), pero esa filiación no es ni por naturaleza, ni adoptiva: estaríamos ante una especie de tercer género, no contemplado en la clasificación legal, pero más cercano a la adopción que a la filiación por naturaleza. Algo parecido ocurre cuando, tratándose de un matrimonio civil entre dos mujeres, una recurre a las técnicas de reproducción asistida y la otra consiente en que se determine a su favor la filiación del hijo así nacido, al amparo del artículo 7.3 LTRHA”

Es necesario en la actualidad en países como España partir de un escalón previo que hasta hace poco habría sido impensable contemplar, pues como consecuencia del avance de la medicina reproductiva, la concepción puede ser la natural, a través de contacto sexual, pero también puede serlo mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida, cuya existencia era impensable hace cuarenta años y casi no ha sido tomada en cuenta al examinarse jurídicamente la filiación hasta hace bien poco. E, igualmente, impensable también era atribuir consecuencias jurídicas a la forma en que la concepción fuera llevada a cabo, pues la reproducción asistida es una forma conocida desde hace relativamente pocos años.

Y si impensable era (y en parte es) hacer mención de la reproducción asistida respecto de personas que tienen dificultades para poder engendrar o gestar, más sorprendente es aún en nuestro ámbito hacer mención al fenómeno que es objeto de este apartado: el recurso a los “vientres de alquiler”, la maternidad subrogada o la gestación por sustitución⁵¹⁰, tal como así la denomina la legislación española.

⁵¹⁰ Lamm, Eleonora: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*. Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona. Barcelona, 2013. Página. 72.

La vigente legislación española prohíbe expresamente el recurso a estas técnicas de maternidad subrogada en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Es más: no sólo queda prohibida la gestación por sustitución a través de la norma citada, sino que también es necesario considerar que el ordenamiento español confiere una protección especial a través del Derecho penal en la cuestión, cuando tipifica como delitos contra las relaciones familiares en sus arts. 220 y 221 los delitos de suposición de parto y de alteración de paternidad.

No obstante, como se ha dicho en la introducción, el concepto de familia no puede observarse en la actualidad desde un punto de vista estático, como venía sucediendo secularmente, sino que las diferentes demandas y necesidades sociales han conducido a que en la actualidad, hacer referencia al concepto de familia suponga muchas veces hacer mención a realidades tremendamente más amplias que la mera visión del matrimonio entre dos personas heterosexuales junto con sus posibles descendientes: las fórmulas a nivel horizontal (es decir, en cuanto quién o quiénes fundan esa familia) nos puede llevar a hablar de un matrimonio (heterosexual o bien homosexual), una unión de pareja estable (heterosexual u homosexual) o bien una persona en solitario con descendencia (bien sea una mujer, o bien sea un hombre).

Por consiguiente, no nos centraremos únicamente en el análisis de quién esté fundando ese núcleo familiar (punto de vista horizontal), sino que en este caso se atenderá exclusivamente a la relación de verticalidad que se generará entre progenitor o progenitores y descendiente/s. Y en este sentido es donde hacer mención de las técnicas de reproducción asistida se hace básico, así como también intentar aunque sea someramente analizar el proceso, cuando nos encontremos ante una filiación que no proviene de un contacto sexual, sino de la aplicación de técnicas de reproducción asistida y, más en concreto, cuando la madre gestante acabe siendo solamente eso: la portadora de un embrión humano, pero no la persona que aportó sus propios óvulos para dar lugar a esa gestación. Nos situamos, pues, ante el fenómeno del proceso de gestación por sustitución o maternidad subrogada.

El presente estudio se centra, pues, en el análisis de una realidad que ya existía con anterioridad a 2005, pero que jurídicamente no se ha visto reconocido por la legislación

hasta entonces plenamente: la posibilidad de las parejas de personas del mismo sexo de establecer un vínculo de filiación, así como las formas en que dicho vínculo filiativo podrá ir manifestándose, partiendo por ello del análisis de las diferentes formas de relación entre los progenitores (relación horizontal), pasando posteriormente a analizar la relación de filiación (o relación vertical) de estos progenitores con respecto de sus descendientes.

En todo caso, hablar de nuevos modelos de familia y de maternidad subrogada, como de dos caras de una misma moneda, es en el fondo un planteamiento falso y erróneo, ya que la maternidad subrogada no es ninguna novedad histórica no prevista o previsible, sino que como a lo largo del presente estudio podrá comprobarse, se refiere a una situación que socialmente ya se ha visto en nuestra historia, pero que cuando se ha dado, en el fondo se ha mal visto por la comunidad y se ha acabado camuflando ante la misma, o bien se ha subsumido en instituciones jurídicas como la adopción, que daban así una cobertura a situaciones no suficientemente admitidas por el conjunto de la sociedad.

Se analizará seguidamente la situación existente en otros países que, contrariamente al Estado español, sí que admiten la posibilidad de la gestación por sustitución o maternidad subrogada, para finalmente analizar con detalle la regulación legal vigente en España, a través de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, reguladora de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como la solución brindada por la Dirección General de los Registros y del Notariado a la existencia de gestaciones por sustitución llevadas a cabo en el extranjero, mediante el análisis de la Resolución de fecha 18 de febrero de 2009, sobre inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero y finalmente se analizará la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014⁵¹¹, en la que, si bien se impide transitar por caminos directos para el reconocimiento de la filiación por técnicas de subrogación, se indican cuáles han de ser los mecanismos legales a tal fin.

Finalmente, se intentará exponer una breve proposición de lo que debería consensuarse al respecto de lo que en el Estado español sería conveniente establecer como regulación de la gestación por sustitución y de las bases que la misma debería encontrar,

⁵¹¹ En goo.gl/WLI4Sv, a 24/03/2017.

dada la gran demanda de la cuestión que progresivamente va encontrándose en nuestra sociedad, ante la creación de nuevos núcleos familiares que, o bien tienen problemas de infertilidad, o simplemente no pueden tener hijos por sí mismos, tal como es el caso de las parejas (de hecho o casadas) de hombres.

3.3.1. EL AVANCE DEL ESTADO DE LAS CIENCIAS REPRODUCTIVAS. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN ANTE EL EMPLEO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

En julio del año 1978, fue dada a luz Louise Brown, primera “*niña probeta*” nacida en el Mundo y en el año 1984, Victoria-Anna Sánchez, primera niña nacida mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida en España. Nos referimos, pues, a una situación que no comenzó a acercarse a los usuarios de la sanidad hasta hace treinta años aproximadamente y no se ha visto generalizado en su utilización hasta hace muy pocos años, viéndose incluida en los tratamientos de la Sanidad pública en fechas recientes.

Bajo la denominación de técnicas de reproducción asistida, quedan englobadas, tal como cataloga la Ley 14/2006, de 26 de mayo, las siguientes técnicas médico-reproductivas⁵¹²:

1.- Técnicas de inseminación artificial conyugal o de donante, que comporta simplemente la introducción de espermatozoides en el tracto reproductor femenino.

2.- Técnicas de fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado con gametos propios o de donante y con transferencia preembrionaria. En este caso, los servicios médicos que intervienen en el proceso obtienen de una forma extracorpórea la previa selección de ovocitos y espermatozoides que posteriormente y una vez fecundado el ovocito, supone la generación

⁵¹² De los Santos Molina, María José y González Utor, Antonio I.: *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Editorial Dickinson, Madrid 2007, páginas. 41-55 y 157-169

del embrión humano por cultivo externo, siendo éste implantado en el útero materno. Mediante estas técnicas se produjeron los dos primeros nacimientos antes mencionados, en Gran Bretaña y España, en 1978 y 1984, respectivamente.

3.- Transferencia intratubárica de gametos: en este tercer caso, la técnica consiste en la extracción corpórea tanto de óvulos como de espermatozoides y, previa selección, ambos son implantados en las trompas de Falopio maternas, para que así se vea posteriormente generado el embrión humano. Ésta técnica es la menos seguida en los centros de reproducción asistida, dado que la misma genera numerosas molestias posteriores a la intervención y al mismo tiempo cuenta con un menor grado de éxito, si la misma se compara con la fecundación in vitro.

A través de estas técnicas de reproducción humana asistida, podrá aparecer un material genético que pertenezca tanto a la mujer que dará a luz al hijo, al hombre que sea su pareja, o incluso el material genético podrá no ser de ninguno de ellos, proviniendo de un donante o donantes, según se utilice esperma u óvulos ajenos a la mujer que dé a luz a la criatura. Incluso más: será posible que la mujer que dé a luz no tenga vínculo alguno con el nacido, ni tampoco interés en que su filiación se determine con respecto a ella. Dejando al margen este último supuesto, que es el relativo a la gestación por sustitución y que será objeto de estudio en los siguientes apartados, cabrá preguntarse cómo debe determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida, habida cuenta de las diferentes posibilidades que se pueden dar.

En primer lugar, es necesario partir de que la donación de gametos por parte de terceros donantes, así como de preembriones o cigotos, tiene obligatoriamente un carácter gratuito y por tanto, el pago que pudiera percibir el donante únicamente lo será para compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación, sin que ello pueda suponer incentivo económico para

ésta (artículo 5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)⁵¹³.

Al mismo tiempo, la donación de gametos será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Al igual que sucede con las personas adoptadas, los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida tendrán derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, si bien en estos casos este derecho será también ostentado por las receptoras de los gametos y de los preembriones. Así, únicamente en caso de que se den circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda según la legislación penal se podrá revelar los datos de los donantes, siempre que con ello pueda evitarse el peligro o se pueda obtener el fin propuesto. Lógicamente, todo el proceso de donación implicará un deber del centro autorizado de brindar un consentimiento informado al donante, en cuanto a los fines y consecuencias de su donación, de forma que incluso éste pueda revocar la donación, si fuera de su interés, resarcido en tal caso de los gastos que correspondieran al centro autorizado en cuestión.

Las personas donantes deberán ser mayores de edad, plena capacidad de obrar y contar con buen estado de salud psicofísica, determinándose ello mediante un protocolo obligatorio de estudio de características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia, siendo aplicables estas exigencias a las muestras de donantes procedentes de otros países (artículo 6 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida).

⁵¹³ Iniesta Delgado, Juan José: *Donantes y contratos de donación*, en Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, páginas. 107-109.

La Ley establece un número máximo de siete hijos nacidos con gametos de un mismo donante, por lo que los donantes deberán declarar cada vez que lleven a cabo una donación cuántas ha efectuado previamente y en qué centro lo hicieron, lo que deberá quedar bajo un control general en el momento en que entre en funcionamiento el Registro Nacional de Donantes que, a fecha de hoy, aún no existe, pese a la previsión del artículo 21 de la ley en tal sentido, siendo ello una dejación pública que vulnera claramente la seguridad jurídica⁵¹⁴.

El artículo 6 de la Ley 14/2006, establece que podrá ser receptora o usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida toda mujer mayor de edad que haya prestado su consentimiento expreso y escrito y todo ello con independencia de su estado civil y orientación sexual. En la prestación de su consentimiento se deberán expresar los posibles riesgos durante el tratamiento y el embarazo, tanto para sí misma como para sus posibles descendientes.

Asimismo y como dato importante a la hora de determinar la filiación, si la mujer estuviera casada, será preciso también el consentimiento informado de su esposo (artículo 6.3 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), o bien de su esposa (artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida). La Ley en este caso establece un régimen diferente en el matrimonio heterosexual y en el homoparental: en el primer caso, simplemente exige el consentimiento informado del esposo, sin establecer una consecuencia concreta a la falta del consentimiento del marido, mientras que en el supuesto del matrimonio de dos mujeres, la que no es usuaria de las técnicas de reproducción asistida deberá consentir, pues sólo en ese caso podrá determinar la filiación del hijo a su favor, una vez nazca.

Una vez nazca el hijo concebido por aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, la Ley 14/2006 remite la cuestión en su artículo 7 al régimen establecido por el

⁵¹⁴ Fernández Salmerón, Manuel: *Registros nacionales de reproducción asistida*, en Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, páginas. 630-648

Código Civil en materia de filiación, estableciendo unas reglas a tal fin: en primer lugar, que en aplicación del principio de confidencialidad y anonimato del procedimiento, la inscripción del nacimiento en el Registro Civil no podrá reflejar datos a través de los que se pudiera inferir el carácter de la generación.

En segundo lugar, en el supuesto de que la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge, siendo éste el único supuesto de determinación de la filiación por medio de reconocimiento, en supuestos de parejas homoparentales⁵¹⁵.

En tercer lugar, como dispone el artículo 8 de la Ley, si se han prestado los consentimientos mencionados, ni la mujer progenitora ni el marido podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación, aclarando el apartado 2 del precepto que se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas, quedando salvaguardado el principio de verdad biológica, dado que queda a salvo la reclamación judicial de paternidad y en tal sentido, en los casos en que procediera de forma excepcional la revelación de la identidad del donante, ello no supondrá la determinación legal de la filiación.

En cuarto lugar, el artículo 9 de la Ley 14/2006 determina el supuesto de la fecundación post mortem, partiendo con carácter general de ante la premoriencia del marido, no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas por la norma

⁵¹⁵ Verdera Server, Rafael: *Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*, en Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, páginas.280-284

y el marido fallecido cuando su material reproductor no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la defunción. Ahora bien: el precepto determina en su segundo apartado que el marido podrá prestar su consentimiento en el documento indubitado de aceptación del uso de las técnicas reproductivas, o bien en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. En este caso, la generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. Y, a su vez, este consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. En todo caso, se establece también la presunción de que existe el consentimiento por el esposo difunto cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento. La facultad de consentir la inseminación *post mortem* en cuestión se ve igualmente extendida al hombre que sea pareja estable de la mujer, sirviendo este consentimiento como título para iniciar el expediente de inscripción del nacimiento según el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad. En cualquier caso, existe una discusión en el ámbito de la bioética al respecto de la inseminación *post mortem*, sin que exista un criterio único al respecto⁵¹⁶.

Corresponde ahora examinar una quinta posibilidad de determinación de la filiación, a través de las técnicas de reproducción humana asistida: la gestación por sustitución, a la que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, dedica su artículo 10, que será objeto de examen pormenorizado seguidamente.

⁵¹⁶ Fernández Campos, Juan Antonio: *Premoriencia del marido*, en Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, páginas.313-320

3.3.2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CONCEPTO

Tal como puede comprobarse, la legislación española admite y regula tres técnicas de reproducción humana asistida: la inseminación artificial, la reproducción in vitro y la transferencia intratubárica de gametos. Por lo que respecta al presente estudio, nos interesa considerar sólo las dos últimas: es decir, las técnicas de reproducción in vitro y las técnicas de transferencia intratubárica de gametos. Ambas técnicas de reproducción humana parten de la utilización de gametos que, bien a través de una fecundación extrauterina, o bien una fecundación intrauterina, parten de la base de la obtención y selección de dichos gametos, que finalmente son implantados en el útero materno, bien previa generación del embrión de forma extrauterina (fecundación in vitro) o bien intrauterina (transferencia intratubárica de gametos).

Tal como se ha apuntado ya, tanto la actual legislación en la materia, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como sus antecedentes (la Ley 35/1988 y la Ley 45/2003), han partido de la base de considerar que el sistema de reproducción humana asistida gira en torno a estas tres técnicas citadas. No obstante y con respecto de las dos que nos interesan (la fecundación in vitro y la transferencia intratubárica de gametos) nuestra legislación ha vedado en la utilización de estas técnicas reproductivas en aquellos casos en que la mujer en cuyo útero vaya a ser implantado el embrión, o bien se vayan a transmitir los gametos no sea finalmente la persona a quien se asigne jurídicamente la filiación de hijo o hija que vayan a nacer.

La fecundación es un proceso biológico que se produce en el tercio distal de la trompa de Falopio, siendo el resultado de la coordinación producida cuando entran en contacto los gametos masculino y femenino. En estos casos, se produce la penetración del espermatozoide en el óvulo, generando con ello un embrión humano unicelular (cigoto) que

irá dividiéndose progresivamente y trasladándose a través de las trompas de Falopio en este proceso⁵¹⁷.

Con el desarrollo del embrión, se verá activado el genoma embrionario, siendo esto la activación de la información genética de los progenitores biológicos y finalmente se alcanza la fase embrionaria denominada mórula, siendo este momento cuando el embrión pasa a alojarse en el útero. El estado posterior es denominado blastocito, siendo desde ese momento cuando el embrión puede ser implantado, para en un momento posterior, pasar al inicio de los cambios estructurales del blastocito que conducirán a crear los órganos y tejidos fetales.

El embrión deberá ser implantado en un útero que pueda ser receptivo y que, por lo tanto, no rechace o considere ajeno el embrión, impidiendo así el proceso antes descrito, mediante reacciones inmunes activas que pueden darse a raíz de que el embrión invade el sistema arterial de la madre. Todo este proceso de implantación embrionario ha sido puesto en práctica por parte de la ciencia médica a partir de los años sesenta del Siglo XX, no alcanzándose la experimentación exitosa con embrión humano hasta 1968, por parte de los Dres. Robert Edwards y Henry Bavister.

Tal como es sabido, actualmente se producen numerosas donaciones de gametos, tanto masculinos, como femeninos. Así, la madre gestante puede ser quien haya aportado el óvulo que da paso al embrión, o no. De esta forma, partiendo de las investigaciones mencionadas, se alcanzaba la posibilidad de que la gestación de un embrión humano pudiera ser llevada a cabo mediante la intervención tanto de una madre que tuviera una vinculación genética propia con el embrión (al provenir los gametos en parte de ella misma, haciéndose referencia en tal caso a la *subrogación tradicional*) o bien mediante una madre que nada tuviera que ver genéticamente con el embrión (al haberse utilizado en la fecundación gametos que no provenían de la misma: bien de quienes finalmente constarán como progenitores de la criatura, o bien provenientes de terceros donantes, hablándose en

⁵¹⁷ Lledó Yagüe, F.: *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2007. Página. 159-166.

tal caso de *subrogación gestacional*). Y todo ello siendo posible, tal como se ha comentado ya, la utilización tanto de la técnica de fecundación in vitro (en que se implanta en la trompa de Falopio el embrión ya generado) o bien mediante transferencia intratubárica de gametos (implantando en la trompa de Falopio únicamente los gametos, a fin de que por sí mismos siguieran el proceso natural de fecundación).

Pues bien: partiendo de cualquiera de estas dos técnicas descritas, la madre gestante no necesariamente ha de ser quien haya aportado sus gametos para el nacimiento del embrión concebido y de ahí que muchas personas (en pareja o no) que tienen deseos de maternidad/paternidad pueden recurrir a contar con una mujer que simplemente tendrá la función de gestante del hijo que al final, tras ser dado a luz, pueda igualmente contar o no con una vinculación genética con quien sí tiene interés en ser titular de filiación del nacido, pero no de que el mismo quede vinculado jurídicamente con la que ha sido madre gestante.

Debe plantearse, por lo tanto, el concepto de lo que hemos de entender por maternidad subrogada o gestación por sustitución, resultando el proceso en que una mujer gesta un hijo para otra persona, de conformidad con un acuerdo previo entre ambas partes, con la intención final de entregar el hijo nacido a la parte no gestante y renunciando la que ha dado a luz a que sea determinada la filiación a su favor.

En síntesis: las técnicas de reproducción asistida plantean la posibilidad de que una mujer sea mera portadora y gestante de un embrión humano, del que una o dos personas se convertirían legalmente en sus progenitores tras el alumbramiento, quedando la madre gestante totalmente desvinculada jurídicamente del nacido, a todos los efectos. Este proceso ha sido denominado gestación por sustitución, maternidad subrogada, o bien “vientre de alquiler”.

En cualquier caso, es necesario advertir que el fenómeno no es una novedad que haya surgido como consecuencia de la evolución de las técnicas de reproducción asistida, puesto que históricamente se nos ofrecen muestras que evidencian antecedentes de la

cuestión. La misma Biblia⁵¹⁸ ofrece diferentes ejemplos en el Libro del Génesis, que nos demuestra que la cuestión ha existido a lo largo de la historia de la Humanidad y que en este caso, la evolución de la ciencia lo único que hace es aportar una posibilidad distinta y novedosa a la cuestión. Pero precisamente por este motivo se abre un debate más que interesante sobre los componentes éticos e ideológicos que plantea la cuestión y que seguidamente será analizado.

3.3.2.1. La gestación por sustitución o maternidad subrogada en Derecho español: problemas éticos al respecto

Tal como se acaba de exponer, la maternidad subrogada plantea la posibilidad de que una determinada mujer pasa a ser gestante de un hijo que se ha concebido mediante la aportación de gametos que no son suyos, totalmente (al no haber aportado ella misma un óvulo) o bien en parte (al ser suyo el óvulo fecundado); tras la gestación y nacimiento del hijo, la mujer renunciará a que la filiación se determine hacia sí misma, llevándose a cabo a favor de la persona o personas que han concertado con ella todo el proceso. La cuestión ha sido conocida a un nivel más llano como “vientres de alquiler”, dado que se ha tratado habitualmente la cuestión a través del acuerdo de voluntades en que una persona individual

⁵¹⁸ Sin ir más lejos, existen pasajes en el Génesis que muestran la intención de que una mujer distinta a la esposa procediera a dar a la pareja los hijos que por sí misma no podían tener sus componentes: Gén. 16, 1-3:*Sarai mujer de Abram no le daba hijos; y ella tenía una sierva egipcia, que se llamaba Agar. Dijo entonces Sarai a Abram: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego, pues, que te llegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abram al ruego de Sarai. Y Sarai mujer de Abram tomó a Agar su sierva egipcia, al cabo de diez años que había habitado Abram en la tierra de Canaán, y la dio por mujer a Abram su marido. Gén. 30, 1-4*:*Viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos, o si no, me muero. Y Jacob se enojó contra Raquel, y dijo: ¿Soy yo acaso Dios, que te impidió el fruto de tu vientre? Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella. Así le dio a Bilha su sierva por mujer; y Jacob se llegó a ella. Gén. 16, 9-14*:*Viendo, pues, Lea, que había dejado de dar a luz, tomó a Zilpa su sierva, y la dio a Jacob por mujer. Y Zilpa sierva de Lea dio a luz un hijo a Jacob. Y dijo Lea: Vino la ventura; y llamó su nombre Gad. Luego Zilpa la sierva de Lea dio a luz otro hijo a Jacob. Y dijo Lea: Para dicha mía; porque las mujeres me dirán dichosa; y llamó su nombre Aser. Fue Rubén en tiempo de la siega de los trigos, y halló mandrágoras en el campo, y las trajo a Lea su madre; y dijo Raquel a Lea: Te ruego que me des de las mandrágoras de tu hijo.*

o una pareja conciertan con una mujer que ésta será la gestante de un hijo y, una vez sea dado a luz el hijo esperado, la misma se desvinculará del hijo, pasando éste a ser considerado exclusivamente hijo de la persona o pareja que concertó con la mujer gestante el desarrollo de la gestación y el nacimiento. Partiendo del ejemplo que se ha aportado y que el Libro del Génesis relata, está claro que en la gran mayoría de las ocasiones la mujer gestante se ve en una clara situación de inferioridad respecto de la persona o personas que finalmente serán titulares de la filiación como progenitores. No hablamos en la actualidad de que se recurra a la esclava de la familia o bien al siervo, tal como sí explica el Génesis, pero si se observa la práctica habitual en aquellos países en que la misma está permitida y amparada por sus respectivos ordenamientos, veremos que en la mayoría de los casos las madres gestantes (que intervienen en el proceso a cambio de una compensación económica) son, en su mayoría, personas de extracción social necesitada (caso de Estados Unidos de Norteamérica), o bien se trata de situaciones en que los Estados que permiten el proceso tienen una situación social y económica difícil (caso, por ejemplo, de la Unión India). Esto hace, por ejemplo, que parte de los detractores de la maternidad subrogada centren su mirada en el punto de vista de utilización y servilismo en que puede caer la mujer gestante que no cuente con grandes recursos económicos, frente a la mujer que sí dispone de ellos.

Básicamente se plantean, pues, críticas éticas que se basan en cuatro puntos de vista distintos⁵¹⁹: el primero, respecto de que esta compensación económica comporte claramente la explotación de las mujeres pertenecientes a sociedades o a clases no acomodadas y con pocos recursos, por parte de quienes sí cuentan con una posición social elevada y que prefieren o requieren que la gestación de sus hijos sea desarrollada por una mujer encargada a tal fin. Esta situación se ha venido criticando sistemáticamente por parte del movimiento feminista, desde el cual se llega a afirmar que “la maternidad subrogada supone la explotación y manipulación económica de un grupo de mujeres necesitadas y dispuestas a

⁵¹⁹ Lamm, Eleonora: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*. Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona. Barcelona, 2013. Página. 273-280.

vender su capacidad reproductora. Estos contratos de subrogación no harán más que crear un nuevo grupo de mujeres explotadas y angustiadas”⁵²⁰

El segundo punto de vista del reproche ético se encuentra en el examen de quien es comitente en la relación gestante: esto es, la posibilidad de exigir a quien simplemente compensa económicamente la gestación que, en lugar de acudir a este mecanismo para tener hijos, acuda a la institución jurídica de la adopción, en lugar de promover una gestación que conducirá al nacimiento de una criatura que quedará directamente desamparada por quien la gestó y la dio a luz. Este planteamiento será uno de los utilizados por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014⁵²¹, que será objeto de análisis seguidamente⁵²².

El tercero de los planteamientos se referiría a la valoración de la posición en que queda la criatura nacida tras la aplicación de técnicas de gestación por sustitución, al poder crearse distorsiones de la disociación de la maternidad llevada a cabo por este sistema. En este caso, la situación en sí es idéntica a la que se produce ante la aplicación de técnicas de reproducción asistida convencional, o bien en situaciones de menores desamparados que finalmente son sujetos de adopción⁵²³.

Y en cuarto lugar, se plantean también problemas éticos respecto de la situación misma de la criatura durante su gestación, es decir, en fase de *nasciturus*, ya que en este caso se abren también las cuestiones relativas a los problemas que pueden darse cuando

⁵²⁰ *Brief file don behalf of Amici Curiae*, The Foundation of Economic trend e al., julio 1987, página 10, y R. Miller, “Surrogate patering: an infant industry presents society with legal, ethical questions”. *Obstetrics and Gyneacological News*, 1983, 18, nº 3, citados por FERNÁNDEZ-PACHECHO MARTÍNEZ, M.T., en “La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de “Baby M.””, *Revista General de Legislacion y Jurisprudencia*, 1988, página 656.

⁵²¹ En goo.gl/WLI4Sv, a 24/03/2017

⁵²² Souto Galván, Beatriz: *Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación por sustitución*. *Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer*, 2006-8, páginas. 189-195. Universidad de Alicante. Alicante, 2006.

⁵²³ Souto Galván, Beatriz: op. Cit.

exista algún tipo de riesgo para la salud o viabilidad futura del feto, o bien de la gestante, con lo ello implicaría respecto de la decisión de acudir a la interrupción del embarazo⁵²⁴.

Pues bien: estas dudas relativas a cuestiones éticas que se plantean a su vez llevan a que se contraste la gestación por sustitución con la adopción y, en general, se llegue a afirmar que la maternidad subrogada simplemente constituye un mero fraude de ley para impedir los controles y garantías con que sí cuenta la institución de la adopción en los ordenamientos jurídicos en que ésta existe. Esto es precisamente lo que provoca que para buena parte de la doctrina se comprenda que ordenamientos como el español prohíban la maternidad subrogada y, en concreto, consideren la nulidad del contrato en que la parte comitente (quien encarga la gestación y paga por ella) y la gestante (que posteriormente renunciaría a la determinación de su maternidad) acuerdan sus voluntades a tal fin.

De todo ello se ha generado una respuesta que pretende dar solución a estos problemas de índole ético, proponiendo que los Estados sí admitan la posibilidad de validar los contratos de maternidad subrogada, siempre y cuando los mismos cuenten con garantías análogas a las de la adopción: por un lado, que se requiera la obtención de un certificado de idoneidad de los comitentes o, por otro, que se deba recabar la autorización judicial o bien de la Administración y siempre debiendo contarse con la homologación judicial del contrato de gestación por sustitución, garantizando en todo caso el debido asesoramiento de la madre gestante por parte del órgano garante (judicial o administrativo), evitando con ello la explotación o abuso de la misma⁵²⁵

El hecho de acudir a las técnicas de gestación por sustitución se contempló inicialmente como una fórmula que aplicaban aquellas parejas que tenían problemas de infertilidad. No obstante, este punto de vista también ha encontrado una evolución clara, de forma que en la actualidad, personas que no son infecundas ni han tenido problemas de infertilidad se ven como nuevos usuarios de estas vías de procreación. Esto supone que

⁵²⁴ Souto Galván, Beatriz: op. Cit.

⁵²⁵ Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, páginas. 353-356.

también exista una crítica frontal de aquéllos que consideran que en estos casos, quienes están interesados en tener descendencia y acuden a la gestación subrogada y no a la adopción están invirtiendo claramente los valores y principios del sistema, pues para esta línea crítica, se estaría poniendo por delante del interés superior del menor el interés de quienes meramente desean tener descendientes, lo cual en su opinión, constituye la perversión de los términos.

Como más adelante se examinará, este último argumento viene a ser el utilizado en la actualidad por la legislación española vigente y por el Tribunal Supremo, que se limita en la materia a declarar la nulidad de los contratos en que se pacte la gestación por sustitución o maternidad subrogada, sancionando además el hecho con la determinación de la filiación a través del parto y no por medio de quién haya contratado con la gestante este proceso hasta el nacimiento.

3.3.2.2. Necesidad/demanda social de la cuestión.

Tal como se ha apuntado hasta aquí, cuando históricamente se vio utilizado el método o las técnicas de gestación por sustitución, la técnica en sí se contempló inicialmente como una manera de eludir los problemas de infertilidad que las parejas podían encontrarse a lo largo de su vida común. Esta cobertura de los problemas de infertilidad ha experimentado una clara evolución, puesto que ya no sólo se utiliza esta salida por parejas infértiles, sino también por aquéllas que no tienen problema alguno de infertilidad.

Se ha dado el caso de personas sin pareja (tanto hombres, como mujeres), que han deseado experimentar la paternidad o la maternidad y que, o bien, no desean pasar en sí mismos por el proceso de gestación y los problemas del embarazo, o simplemente no desean tener que acarrear una merma en su carrera profesional. E igualmente, sobre todo desde que se ha ido extendiendo la normalización progresiva de la realidad de las parejas

homosexuales (de hombres o mujeres, casados o no) las mismas han intentado también recurrir a esta opción procreativa⁵²⁶.

Resulta asimismo curioso que en un momento en que el legislador español ha tenido que generar normas que lleven a eliminar discriminaciones sociales, bien por razón de género, o bien por razón de orientación sexual de la persona, la propia legislación reguladora de las técnicas de reproducción asistida haya consagrado un criterio filiativo histórico: será posible la filiación de una pareja casada o de una pareja en que, como mínimo, exista una mujer que será a quien se atribuya la maternidad; incluso admite que a una mujer de forma individual se le puedan aplicar las técnicas de reproducción asistida. Pero curiosamente la actual legislación (tanto civil general, reguladora del Registro Civil o bien delimitadora de las técnicas de reproducción humana asistida) no permiten que un hombre solo pueda ser considerado padre de un hijo, salvo en el caso de la adopción, manteniendo con ello un criterio de trato desigual y discriminatorio por una razón de género.

Sea como fuere, lo cierto es que en la actualidad existe una gran demanda social en el Estado español que proviene tanto de parejas con problemas de fertilidad, como también de parejas homosexuales (tanto femeninas, como masculinas) así como por parte de situaciones de monoparentalidad (tanto por hombres, como por mujeres). No existen datos oficiales estadísticos, pero lo cierto es que en el período 2005-2015 han proliferado enormemente el número de agencias que gestionan en su totalidad el trámite que las personas comitentes llevan a cabo en otros países, contratando a través de estas entidades mercantiles la gestación de un hijo con una mujer que sólo será la gestante del mismo. A simple modo de ejemplo, baste decir que una simple búsqueda por medio de internet en el buscador Google de la expresión “vientre de alquiler” arroja en su resultado más de ciento ochocientos resultados, de los que, al menos, más de cien de entre los primeros quinientos se refieren a dichas entidades intermediarias entre los comitentes y la madre gestante y buena

⁵²⁶ Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, página. 356.

parte de estos enlaces seleccionados, se refieren a anuncios privados que los comitentes han ido publicando progresivamente en páginas web dedicadas a los anuncios entre particulares.

Por lo tanto, queda patente la existencia de oferta de posibles madres gestantes sustitutas, lo cual evidencia que existe una pareja demanda por parte de posibles comitentes, que se manifiesta por la red, tanto a través de la existencia de estas agencias privadas que son gestoras del proceso, como también a través de los mencionados anuncios de carácter privado que se pueden encontrar con facilidad.

Una vez más, la realidad social y la demanda de quienes tienen un interés en la paternidad va por delante de la regulación jurídica de la materia que, como ya se ha dicho y más adelante se profundizará, en la actualidad es totalmente contraria a esta posibilidad. Pero lo cierto es que en el resto del Mundo existen diversos países que sí admiten esta posibilidad reproductiva y la movilidad de las personas ha hecho que un gran número de ciudadanos y ciudadanas del Estado español hayan cruzado fronteras y hayan obtenido la maternidad subrogada, bajo el paraguas de un ordenamiento jurídico diferente al propio.

De ello se ha planteado un problema derivado en el momento en que, una vez nacida la criatura, ésta tiene que resultar inscrita en un Registro consular, conforme a lo dispuesto por la Ley reguladora del Registro Civil, se provoca así un conflicto de Derecho internacional privado en toda regla. Y en caso de que la gestación sustitutiva y el nacimiento se vieran en territorio nacional, la inscripción del nacido en el Registro civil se encontraría con serios problemas de ser llevada a cabo.

Seguidamente se analizará en concreto qué solución brinda el Ordenamiento español a la cuestión, qué sugiere el mismo Tribunal Supremo y finalmente consideraremos qué soluciones ofrecen otros ordenamientos extranjeros, siendo éstas las acogidas por una infinidad de personas que actualmente cuentan ya con descendencia en España a través del seguimiento de un proceso de gestación por sustitución en el extranjero.

3.3.2.3. Posición que mantiene el ordenamiento español.

Tal como ya se ha avanzado en diversos puntos anteriores, la respuesta que el ordenamiento jurídico español ha brindado a la gestación por sustitución o maternidad subrogada ha sido en todo momento negativa.

En primer lugar y volviendo a la raíz histórica de la cuestión, debe recordarse que también en España ha sido muy común hasta bien entrado el Siglo XX, en el seno de una misma familia, que una mujer (cuñada, hermana) tuviera un hijo “para” algún familiar que no podía tener descendencia. Al cabo de los años, tras convivir con esa persona “para” la cual se tenía ese descendiente, acababa adoptándose al nacido, por parte de quienes hacían el papel de padres y, con ello, se consolidaba el proceso: claramente, se estaba ante una situación de gestación por sustitución que, si bien no tenía cobertura jurídica directa, ni necesariamente tenía que obedecer a una verdad biológica, los hechos conducían a que el ordenamiento brindase una solución a través de la institución de la adopción y todo ello pese a que pudiera entenderse que el proceso constituyese en sí mismo un fraude de ley.

En segundo lugar, es necesario hacer mención de la primera regulación que tuvo España respecto de las técnicas de reproducción asistida, que se dio a través de la Ley 35/1988, derogada en la actualidad por la vigente Ley 14/2006, todo ello con respecto de la gestación por sustitución. En ambas normas jurídicas⁵²⁷, se ha regulado de una forma idéntica la cuestión, a través de una referencia, en síntesis, a tres cuestiones: la primera, que la gestación por sustitución, basada en un contrato a tal fin, comporta la nulidad de dicho contrato. La segunda, que la filiación originada a través de un contrato de gestación por sustitución se determinaría exclusivamente a favor de la madre gestante. Y la tercera, que queda a salvo en estos casos la acción de reclamación de paternidad o la verdad

⁵²⁷ Es muy significativo el hecho de que en ambos textos legales (derogado y vigente) el texto relativo a la gestación por sustitución tenga exactamente el mismo contenido, compartiendo incluso el mismo ordinal (artículo 10), cuyo texto común fue y es éste: **Artículo 10. Gestación por sustitución.** 1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

biológica, respecto del progenitor biológico que aportó sus gametos en el proceso, de conformidad con las reglas generales.

Como se apuntaba anteriormente, la sociedad española no es ajena a las técnicas médicas de reproducción asistida, ni tampoco está apartada de las posibilidades de movilidad que la comunicación internacional ofrece en la actualidad. Esto ha llevado a que sea realmente extraña la falta de reconocimiento de la cuestión por parte del ordenamiento español e, incluso, su expresa prohibición y sanción, pese a que la sociedad esté yendo por un camino diferente. Aun así, es significativo descubrir que ya la primera regulación española de las técnicas de reproducción asistida, reconocía en 1988 que la paternidad o la maternidad legal no debía circunscribirse únicamente a la filiación biológica o natural, ya que como apuntó en su Exposición de Motivos, *pueden la maternidad y la paternidad biológica serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los Códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan.* Y al hilo de este argumento, vale la pena advertir que históricamente también la adopción sirvió en su momento que permitió este objetivo y que según la concepción romanista, respondía a la inspiración de la naturaleza⁵²⁸.

La actual posición del ordenamiento español deja bien claro que, lejos de favorecer de forma inmediata una evolución de la filiación que abra la puerta a la configuración jurídica de la gestación subrogada, ante la situación generada por la evolución de la ciencia médica reproductiva, basándose en que existan dudas y problemas éticos, la respuesta que brinda el ordenamiento jurídico (sea positiva o negativa, como sucede en España) genera a su vez un problema de orden jurídico, al abrir un debate a favor o en contra de las posturas relativas a la permisividad o prohibición de la gestación por sustitución.

⁵²⁸ *Adoptio enim naturam imitatur (La adopción imita la naturaleza), D. I, 11, 4.*

Un antecedente legal de la regulación actual se encontraba desde 1957 en el texto de la Ley reguladora del Registro civil, en el artículo 47. El precepto establecía que en la inscripción de nacimiento debería constar la filiación materna, siempre que en ella coincidieran la declaración y el parte o comprobación reglamentaria, de forma que en estos casos, la mención de esta filiación podría suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figurase como madre, formalizado ante el encargado del Registro, el cual lo inscribiría marginalmente. La supresión de la mención debía ser notificada del mismo modo al inscrito, o si hubiere fallecido, a sus herederos y al Ministerio Fiscal. A su vez, el Tribunal Supremo declaró su inconstitucionalidad sobrevenida por Sentencia de 21 de septiembre de 1999⁵²⁹. La norma permitía a la madre ocultar la filiación materna, de forma que la misma no constase en el asiento del Registro civil relativo al nacimiento de una persona, si bien en virtud de la vulneración de los principios de libre investigación de paternidad y de igualdad, se consideró por el Tribunal Supremo la inconstitucionalidad del precepto, tal como se indica. En el fondo, la citada norma en sí misma no dejaba de ser una clara constatación de que la maternidad subrogada es una realidad que no obedece necesariamente a la utilización de técnicas de reproducción asistida, sino que de forma natural también era posible alcanzarla.

Pero como vemos, la línea que sigue el ordenamiento jurídico español pasa por determinar en un solo conducto la filiación legal y la filiación biológica, admitiendo incluso que el interesado pueda investigar su filiación, según queda contemplado en el apartado tercero del artículo 10 de la Ley 14/2006. En todo caso, lo cierto es que esta misma dirección de permitir que pueda investigarse la verdad biológica se ha visto mantenida desde la primera gran reforma posconstitucional del derecho de familia, de 1981, como consecuencia de lo dispuesto por los arts. 10, 14 y 39 de la Constitución y, en el caso de Cataluña, mediante la aprobación del Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio), en sus artículos 103 a 112. En definitiva: el legislador estatal o autonómico catalán han perseguido simplemente que la realidad legal se acomode sin más a la biológica, de forma

⁵²⁹ Roj CENDOJ: STS 5672/1999 - ECLI:ES:TS:1999:5672, Id Cendoj: 28079110011999101561

que en la citada Sentencia de 21 de septiembre de 1999, el Tribunal Supremo, alcance a afirmar que los inconstitucionales artículos 167 y 182 del Reglamento del Registro Civil pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39.2 CE) y con el de igualdad (artículo 14 CE), además de erosionar gravemente el artículo 10 CE, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, de suerte que *“la coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales”*.

No obstante y como ya se ha expresado al hacer mención a la demanda social de la gestación por sustitución, está más que claro que la sociedad no está en este momento por la labor unánime de mantener a pies juntillas la verdad biológica con respecto de la verdad legal y, tal como se ha transcrito en párrafos anteriores, ya la misma exposición de motivos de la derogada ley de 1988 así lo advertía. Ahora bien: sorprendentemente, esta maternidad o paternidad social o de deseo que ya la regulación conocía en 1988 contaba con un valor importantísimo para el ordenamiento jurídico, dándose así una clara contradicción entre lo que por un lado la Exposición de Motivos trascrita reconocía y, por otro, lo que luego la doctrina jurisprudencial citada ha mantenido.

La vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Reproducción Humana Asistida, tiene claramente en consideración la denominada paternidad o maternidad social o de deseo⁵³⁰, a la que podría afirmarse que legalmente se concede gran importancia, al hacer que parejas infértiles puedan acceder a las técnicas que se contemplan, garantizando con ello los derechos al respeto a la vida familiar y a formar una familia (artículos 8 y 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos). Pero desde la legislación, esta fórmula sólo se ha admitido a mujeres solas y no a hombres solos, o bien a parejas de dos hombres. Esta contradicción radica sin ir más lejos en que si bien se mantiene un criterio aparentemente firme en cuanto al ajuste de realidades biológica y legal, resulta finalmente que la norma es favorable a la inseminación artificial de personas con problemas de fertilidad, haciendo viable que los gametos empleados provengan de terceros donantes. Así, el tratamiento

⁵³⁰ Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, páginas. 353-356.

legal que a la maternidad subrogada le ha brindado la legislación en materia de técnicas de reproducción asistida, desde 1988 en España supone la clara marginación de la cuestión, exigiendo en este caso con total rigidez y sin ningún género de dudas la acomodación de la realidad biológica a la legal, cuando ha aclarado en todo momento que La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, convirtiendo así a la mujer gestante en madre del menor e impidiendo cualquier otra salida a la cuestión.

Se abre aquí, como consecuencia de la vigencia de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, una situación cuyo alcance deberá determinarse en el futuro y que evidentemente tiene una clara trascendencia respecto de la maternidad subrogada en España, con el actual marco legal. El artículo 44.4.2º de la Ley 20/2011 del Registro Civil⁵³¹ determina que salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último. Queda por este motivo la puerta abierta a que la gestante pueda en su caso llevar a cabo esta renuncia al ejercicio de los derechos derivados de la filiación determinada por el parto y que en la práctica podrá darse por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil, o bien por manifestación en documento público.

En conclusión, la legislación tanto vigente, como la ya derogada ley 35/1988, sí es sabedora de la existencia de una maternidad social o de deseo, admitiendo que la misma pueda provenir de una maternidad o paternidad en que intervenga material genético que nada tenga que ver con los interesados. Pero simultáneamente es implacable a la hora de no admitir que estos gametos (con independencia de su procedencia) puedan ser gestados a través de una maternidad subrogada, llevando incluso la cuestión a la total sanción que supone implícitamente que ante una maternidad subrogada que pudiera darse (y por lo tanto, se viera incumplido lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 14/2006), la filiación en

⁵³¹ En vigor desde el 30 de junio de 2017.

estos casos obligatoriamente *determinada por el parto*, aunque con ello se quiebre la realidad: la paternidad/maternidad social o de deseo⁵³².

3.3.2.4. Soluciones brindadas en otros ordenamientos jurídicos.

La gestación por sustitución es una figura que no todos los estados admiten y, en algunos casos, su admisión es parcial para distintas partes de sus territorios. A día de hoy, la maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida que divide en cinco los Estados del Mundo, en función de su grado de permisividad con la misma. Estos cinco grupos de países son los siguientes⁵³³:

A.- Países que sí la admiten, con independencia del carácter altruista o no que pueda revestir la intervención de la gestante: Estados Unidos de América (respecto de los Estados de Florida, Texas, Arkansas, California, Wisconsin, Vermont y Massachusetts), Bielorrusia, Ucrania, Grecia, Bélgica, Chipre, Federación Rusa, Unión Sudafricana, India y Tailandia. Asimismo, merece la pena advertir que el Parlamento de Portugal aceptó la maternidad subrogada en el conjunto de técnicas de reproducción asistida, si bien esta reforma fue vetada por el Presidente de la República portuguesa, en junio de 2016.

B.- Estados que han regulado la cuestión y que sólo admiten su práctica de forma altruista: Australia, Canadá (a excepción de Quebec), el Estado de Tabasco (Méjico), Vietnam, Suecia, Dinamarca, Gran Bretaña, Israel, Hungría, Chequia y en Estados Unidos, los Estados de Nuevo Méjico, Washington, Oregón, Nebraska, Virginia, Nueva York y Delaware.

C.- Estado que restringe la práctica de la maternidad subrogada a que los intervinientes sean familiares de segundo grado de consanguinidad: Brasil.

⁵³² Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, páginas. 353-356.

⁵³³ Lamm, Eleonora: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*. Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona. Barcelona, 2013. Página. 78-90

D.- Estados que directamente prohíben la maternidad subrogada: Estado de Quebec (Canadá), algunos Estados de los Estados Unidos de América (Dakota del Norte, Michigan, Indiana y Arizona), Islandia, Noruega, Estonia, Holanda, España, Portugal, Polonia, Alemania, Austria, Suiza, Italia, Francia, España, Turquía, Arabia Saudí, Moldavia, Pakistán, China y Japón.

E.- El resto de países ni prohíben la maternidad subrogada, ni tampoco la admiten, por lo que su práctica, si existe, carece de cobertura jurídica alguna.

Queda por tanto claro que en el ámbito europeo hay países que simplemente no admiten la maternidad subrogada (caso de España, por ejemplo), otros que sí la permiten (Gran Bretaña, Grecia, Chequia, Chipre, Ucrania o Hungría), debiendo atender por ello a un conjunto de sistemas diferentes o mecanismos de control que han dado soluciones diversas a la cuestión generando con ello problemas en la aplicación de la técnica, dado que muchas personas de países que no la permiten, aplican la técnica en aquellos estados que sí la tienen regulada y admitida.

En nuestro entorno europeo más directo⁵³⁴, el Comité de Expertos del Consejo de Europa ya estableció en 1987 su punto de vista, que influyó directamente en la primera Ley de Reproducción Humana Asistida española, de 1988, al hacer coincidir ésta el citado criterio con el texto de su artículo 10, coincidente con el actualmente vigente: la invalidez de los contratos de gestación por sustitución y la maternidad establecida por el parto únicamente. En todo caso, este criterio no ha sido seguido por algunos países europeos. No obstante, este criterio no fue seguido por otros países de tradición jurídica específica, como fue el caso de Gran Bretaña, a través de su *Surrogacy Arrangements Act*, de 1985, siendo más permisiva que el ya mencionado criterio continental, pero estableciendo límites a la subrogación: en primer lugar, que la compensación económica de la mujer gestante no supere los gastos que la gestación haya supuesto, suponiendo esto la imposibilidad de que exista lucro en el proceso y, en segundo lugar, que la gestante cumpla voluntariamente el

⁵³⁴ Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, página. 354-355.

acuerdo, siendo imposible que se pueda entregar al padre o padres de intención la criatura nacida, en caso de que la gestante se oponga. La posición británica fue la consecuencia de la existencia de conflictos y puntos de vista diversos, que concluyeron con el denominado Informe Warnock, encargado por el Ministerio de Salud y Seguridad Social británico, cuyos ejes partían de advertir que la maternidad subrogada no se preveía como instrumento de solución a la infertilidad en Gran Bretaña, constatando en primer término que este tema provocó serios enfrentamientos entre los miembros de la Comisión; en segundo lugar, advirtió que la técnica sí se aplicaba legalmente en otros países, a los que acudían parejas británicas, sin que ello pudiera ser considerado ilegítimo, al entender que esta práctica no venía penada por la ley penal británica; proscribió en tercer lugar la gestación subrogada, como técnica a la que los padres de intención pudieran acudir por “mera comodidad”, en casos en que físicamente contasen con las condiciones suficientes para la procreación; en cuarto lugar, la Comisión admitía la tipificación penal de la maternidad subrogada que se llevase a cabo a través de fines comerciales, admitiéndola en su lugar como un servicio limitado y no retribuido, bajo autorizaciones y controles; recomendaba además proscribir todo tipo de actividad organizada (lucrativa o no) y que el contrato de subrogación fuese declarado legalmente ineficaz, concluyendo el informe sus conclusiones que, si aun con todo este conjunto de prohibiciones se pudiera encontrar algún caso de gestantes subrogadas, debería preverse la posibilidad de que los comitentes pudieran adoptar al hijo nacido a través de estas técnicas, para lo que sería necesario la reforma de la legislación británica en materia de adopción⁵³⁵. En este sentido, la doctrina anglosajona justifica la admisión de la maternidad subrogada desde la idea de la “autonomía procreativa de la mujer, incluso a la hora de ceder sus órganos o funciones reproductivas gratuitamente o a cambio de precio. Hay que desprenderse de la actitud paternalista del Estado”, de forma que tal como C. Shalev afirmó, “la subrogación es una forma de liberarse del yugo de la

⁵³⁵ Alkorta Idiákez, I: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003. Páginaina 279.

gestación y de la maternidad impuestas por el sistema patriarcal. La mujer dispone de su fuerza reproductiva y contrata con ella”⁵³⁶

Como ya se ha puesto de manifiesto, con posterioridad al proceso legal británico, en el conjunto europeo más directo, el Comité de Expertos del Consejo de Europa ya estableció en 1987 su criterio coincidente de considerar la invalidez de los contratos de gestación por sustitución. De esta forma, en el caso de Francia, el artículo 16.7 de su Código Civil fue modificado en 1994, disponiendo expresamente la nulidad de todo convenio relativo a la procreación o gestación por cuenta de otro, concluyendo el citado precepto en su apartado 9, que el capítulo en que se incardina la disposición es de orden público, añadiendo una reforma del Código penal francés, que criminaliza la maternidad subrogada. La postura de la legislación y de las instituciones francesas, se ha visto a su vez sometida al juicio de la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha llegado incluso a condenar a la República Francesa, en su Sentencia de 26 de junio de 2014, ante la negativa a inscribir en el Registro civil francés a diversos niños nacidos por medio de maternidad subrogada en terceros países, por entender vulnerado el derecho a la intimidad de los menores a través de los actos objeto de la demanda.

En esta línea, encontramos también otras legislaciones, como la española en su artículo 10, o bien la italiana, que declaran la invalidez de los contratos de gestación por parte de un tercero. Las concepciones francesa, italiana y española mantienen su rechazo a la maternidad subrogada argumentando que con ello se huye del uso y servilismo de las mujeres de bajos recursos económicos convertidas en gestantes, lo que en definitiva supone un atentado a la dignidad de la persona. Junto a ello, se argumenta también que no puede causar efectos la obligación de ceder un útero en alquiler, pues ello atenta contra principios fundamentales de orden público, o bien porque con ello se atente contra la dignidad e intransferibilidad de la persona, de su propio estatus personal, implementado también por suponer una forma de fraude a las normas de la adopción. Esta argumentación fue utilizada a su vez por la Corte Suprema de New Jersey, en su Sentencia de 3 de febrero de 1988,

⁵³⁶ Shalev, C, *Birth Power. The case for Surrogacy*, New Haven, Londres, 1989, páginas. 149 y ss.

que se han visto a su vez mantenidos por Sentencias del Tribunal de Monza, de 27 de octubre de 1989 y la Corte de Casación francesa, de 31 de mayo de 1991 e incluso la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, de 6 de febrero de 2014, que será tratada en un apartado especial.

Asimismo, en el contexto general europeo, el propio Parlamento Europeo, por medio de su Resolución de 16 de marzo de 1989, sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, mantuvo que toda forma de maternidad bajo comisión fuese prohibida y pedía en su punto 38 a los Estados miembros la punibilidad de la mediación comercial en la materia.

Como se expuso al comienzo, en el ámbito europeo hay un conjunto de países que también expresamente niegan la gestación por sustitución, como es el caso de España, Italia, Portugal, Noruega, Suecia, Suiza, Alemania y Austria. Todos ellos comparten el criterio de rechazo a la gestación por sustitución basado en la intención de evitar la explotación de mujeres de escasos recursos, lo cual atentaría contra la dignidad de la persona, como también se tiene en cuenta que la cesión en arrendamiento del propio útero es atentatoria del orden público, al vulnerarse la dignidad e intransferibilidad de la persona, suponiendo a la vez un fraude de ley, respecto de las legislaciones que regulan la adopción. En todo caso, debe reiterarse que en el caso de Portugal, su Parlamento aprobó la modificación de la regulación de las técnicas de reproducción asistida, permitiendo la aplicación de la gestación subrogada en los casos en que la mujer comitente careciese de útero, o bien sufriera de algún problema en dicho órgano que le impidiera quedar encinta y por su parte, la gestante no podría iniciar la gestación de forma remunerada. Esta reforma legal, a su vez, contó con el veto del Presidente de la República, Marcelo Rebelo de Sousa, bajo la argumentación de que la reforma no dejaba a salvo los derechos del niño, ni tampoco los de la mujer gestante, no existiendo tampoco una regulación adecuada del contrato de gestación por sustitución.

En el caso de Estados Unidos, ocho de sus cincuenta estados admiten la maternidad subrogada, si bien en Washington, Michigan, Utah, Arizona, Nuevo México y Nueva York lo consideran directamente ilegal. El primer estado que legalizó la práctica fue California

donde, de hecho, en 1975 se difundió publicidad de una pareja estéril que iniciaba así la búsqueda de una mujer gestante, mediante técnicas de reproducción asistida. Pese a tratarse de un estado en que se ha difundido enormemente la maternidad subrogada, en este caso el problema derivado está en el elevadísimo coste que representa el proceso y la dificultad que luego presenta en algunos casos la adecuación de los nacimientos a los ordenamientos nacionales, tal como más adelante podrá comprobarse y tal como en España ha sucedido.

En el resto del Mundo, nos encontramos con otros muchos Estados que admiten en todo o en parte de su territorio la gestación por sustitución: Israel, India, Rusia, Canadá, Méjico, Corea o Tailandia. De todos ellos, merece la pena comentar algún caso concreto, si bien en estos países se están produciendo serios problemas, como consecuencia de la falta de claridad y de garantías en la protección de los derechos de ambas partes: comitente/s y madre gestante. En el caso indio, se exige que las gestantes cuenten unas específicas condiciones personales: no superar la edad de cuarenta y cinco años, superar la analítica del VIH y no ser consumidoras de estupefacientes. Además, desde finales de 2009, la maternidad subrogada sólo se admite en la Unión India para comitentes con nacionalidad india, viéndose vedado acudir a parejas extranjeras por este motivo en ese país.

Pese a que China prohíba expresamente la maternidad subrogada desde 2001, lo cierto es que ésta existe y se reconoce la existencia de una habitual práctica clandestina. Esto supone lógicamente que tanto comitentes, como madre gestante, están incurriendo en ilícitos de carácter penal, pese a lo cual y aun no existiendo controles adecuados, la misma prensa de la República Popular ha reconocido su extendida práctica, pero evidentemente todo ello sitúa en una clara situación muy peligrosa a gestante, comitentes y menor nacido.

A nivel estadístico, los países a que más acuden los interesados en la gestación por sustitución es actualmente Ucrania y en menor medida, Chipre. El primer motivo es el basado en el coste de la operación (que por lo general, resulta inferior a un equivalente a cincuenta mil euros), lo que supone que es enormemente más económico que el proceso seguido en California que puede incluso cuadruplicar el coste indicado. Y el segundo motivo se encuentra en que el trámite frente a las agencias tramitadoras se viene realizando a través de internet, lo cual evita desplazamientos a los comitentes, pero como contrapartida

supone un elevado riesgo ante la falta de garantías que sí se aportan en países técnicamente más avanzados.

En resumen: existe una gran diversidad de estados que permiten la maternidad subrogada y otros que no, generándose así un claro contraste entre los que la han legalizado y quienes directamente la prohíben y consideran práctica delictiva. Por otra parte, se dan incluso casos en que el material genético puede obtenerse en un país, que exista o no material genético del o los comitentes y que la gestante tenga una nacionalidad y residencia diferente a la de los comitentes y que incluso el alumbramiento se produzca en el lugar de residencia de los comitentes, de la gestante o un tercer país. Todo ello nos aboca a la contraposición de ordenamientos jurídicos abiertos, que permiten la propia elección del modelo de familia que cada uno desea y en paralelo otros ordenamientos que de una forma rígida únicamente admiten un determinado esquema familiar basado en el punto de vista de las instituciones jurídicas tradicionales.

La gestación subrogada no sólo trata de dar solución a las parejas infértiles, sino también a aquéllas que por razón biológica no podrán tener hijos: matrimonios o parejas formadas por dos mujeres o dos hombres y, en particular, éstas últimas. Ciertamente es que existe el instituto jurídico de la adopción y que como se ha visto, algunos Estados argumentan que la gestación por sustitución supone un fraude a las normas de la adopción. Pero la práctica demuestra que en un gran número de ocasiones la farragosa tramitación de las adopciones y el coste económico que suponen (cuando por otra parte, se supone que no deberían tenerlo, al quedar bajo la órbita de los servicios públicos), obligan a los interesados a acudir a la gestación por sustitución y de esta forma obtener una filiación que probablemente no conseguirían de otra manera.

Se plantea, por ello, desde la situación de países como España, la consecuencia del conflicto jurídico que sufren quienes organizan desde España este proceso y consiguen tener descendencia en otros países en que la maternidad subrogada sea legal, cosa que se analizará en el siguiente punto del presente estudio. Y se genera así una nueva diferencia social basada en un punto de vista económico, ya que no todo el mundo podrá hacer frente al coste de un proceso de gestación por sustitución, por muy bajo que el precio resulte.

3.3.3. REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

3.3.3.1. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Las técnicas de reproducción asistida en España contó por primera vez con una regulación integral a través de la tarea del legislador estatal, en 1988, mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Con la aprobación de la citada norma por parte de las Cortes Generales, España se situaba entre el conjunto de países pioneros en dar una regulación a la materia en su ordenamiento jurídico, permitiendo con ello dar un control necesario a una actividad claramente delicada.

La Ley 35/1988 se vio a su vez modificada por la Ley 45/2003, cuya finalidad concreta fue la de dar por primera vez una solución y destino a la existencia de embriones supernumerarios y evitar así la generación de más embriones que pudieran no tener finalidad reproductiva, dándose con ello una salida a aquellos embriones congelados que las parejas no deseaban utilizar para su propia reproducción, ni para llevar a cabo donación a terceros de los mismos.

La vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sustituyó y derogó las dos anteriores, dando elementos legales que no se brindaban ni por la Ley de 1988, ni por su reforma de 2003. La ley actual contempla posibilidades de investigación y aparición de nuevas técnicas cuyo desarrollo no se previó con anterioridad: no se limita ya a la investigación en función de cuándo han resultado generados los embriones y cualquier otra metodología posterior podrá ser adoptada para su aplicación práctica, previa autorización administrativa al efecto y previa constatación de la eficacia científico clínica, desapareciendo ahora el anterior límite en el número de óvulos que podrán ser inseminados.

La Ley 14/2006 mantiene, eso sí, criterios anteriormente ya sostenidos en la Ley de 1988, prohibiendo expresamente la clonación con fines reproductivos, no entrando siquiera

a contemplar la transferencia de núcleo con fines terapéuticos, que quedó a un posterior análisis a través de la Ley reguladora de la Biomedicina.

La única reforma operada en la Ley 14/2006 se llevó a cabo a través de la disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, relativa a la rectificación registral relativa al sexo de las personas, que si bien poco tenía que ver con la cuestión, al constituir la novedosa regulación que facilitaba a las personas transexuales su cambio de sexo y nombre legal, armonizaba la regulación de las técnicas de reproducción asistida, en los supuestos en que una pareja de dos mujeres casadas decidiera tener descendencia a través de dichas técnicas. La nueva redacción del artículo 7, establecía que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

No obstante, tal como se comentó con anterioridad, la materia que aquí nos ocupa (la gestación o maternidad subrogada) ha visto mantenido en todo momento un único e idéntico criterio, en ambas leyes sucesivas, ya que tanto la Ley 35/88, como su sustituta 14/2006, han contemplado en su respectivo artículo 10 la prohibición de que pudiera establecerse un contrato, en virtud del cual, una mujer pudiera ser madre gestante, con o sin gametos propios de una pareja que le encarga la gestación, renunciando tras el nacimiento a la filiación de la criatura nacida y todo ello por medio de algún tipo de compensación económica al efecto. Esto obliga, por tanto, a examinar qué se debe entender por contrato de gestación por sustitución, así como las consecuencias que el mismo tiene, al amparo de la legislación vigente en España. En este sentido, tanto Francisco Rivero⁵³⁷, como Fernando Pantaleón⁵³⁸, entienden al respecto de los “contratos de donación” de gametos que no son ni

⁵³⁷ Rivero Hernández, Francisco, en Lacruz Berdejo, José Luis: *Elementos del Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1989. Página. 153.

⁵³⁸ Pantaleón Prieto, Fernando: *Contra la Ley de técnicas de reproducción asistida*, en Homenaje al Profesor Juan Roca Juan, Murcia, 1989. Página. 646.

una cosa ni otra, dado que los gametos humanos no son idóneos para constituir objeto de ningún tipo de contrato.

3.3.3.2. La prohibición legal de la maternidad subrogada o vientres de alquiler, según el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: el contrato de gestación por sustitución. Supuestos que se contemplan.

El artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida centra su objeto en el denominado contrato de gestación por sustitución. Y literalmente despacha la cuestión con tres apartados que indican textualmente:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Se debe partir, por lo tanto, de considerar que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida se refiere a que la maternidad subrogada se fundamenta en las técnicas reproductivas que se regulan por la Ley misma y que ya hemos analizado en apartados anteriores, si bien en este caso no sólo se hace mención de la necesidad de que exista un mujer gestante de la criatura, sino que además, ésta renuncie a los derechos de filiación que se deriven del nacimiento. En consecuencia, está claro que la finalidad del vigente artículo 10 de la Ley 14/2006, en su primer apartado, se basa en evitar un fraude relativo a los cauces de determinación de la filiación que la legislación impone: bien a través del nacimiento, o bien a través de la adopción, pero en modo alguno permitiendo una mera renuncia a la filiación de la criatura nacida, en virtud de un previo acuerdo de voluntades con determinada/s persona/s comitentes. Y ello, no obstante, obliga a adelantar que la gestación subrogada no implica necesariamente que se esté hablando de una institución

contraria al orden público o bien constitucional de nuestro entorno, tal como argumenta Manuel Atienza⁵³⁹

Surgen de esta forma cuatro supuestos posibles de maternidad subrogada que se podrían resumir de esta forma:

1.- Inseminación de mujer gestante con semen del donante y, una vez nacida la criatura, el padre asume la custodia de la criatura: en este caso, la gestante es a la vez madre gestante y se produce con ello una doble posibilidad, basada en que el padre en solitario asuma la custodia, con el consiguiente desentendimiento materno de la criatura, o bien en el caso de que el padre tenga pareja, ésta (sea hombre o mujer) acabe adoptando al hijo y se consolide con ello la filiación conjunta de la pareja.

2.- Extracción de un óvulo de una mujer para su fertilización *in vitro*, trasplantando el óvulo al útero de una mujer diferente a la donante, quien gestará y procreará, entregando el hijo a la mujer donante del óvulo.

3.- Fertilización *in vivo* de la mujer, trasplantando el embrión al útero de otra mujer que gestará y dará a luz al hijo, entregándose éste a la primera.

Y 4.- Fertilización *in vitro* o *in vivo* del óvulo de una mujer, implantándose el mismo en el útero de la gestante para, una vez nacido el hijo, ser entregado a terceras personas, bien el donante de semen, o bien su esposa⁵⁴⁰.

Para algunos autores⁵⁴¹, cuando el material genético o bien el embrión se aporta por la pareja comitente, se debe hacer referencia a una maternidad subrogada parcial y cuando se haga uso de un embrión donado, o bien el óvulo de la gestante fecundado con espermatozoides de un donante o cuando se da un supuesto de inseminación de una mujer con semen del

⁵³⁹ Atienza, Manuel: *De nuevo sobre las madres de alquiler*, El Notario del Siglo XXI (Revista online del Colegio Notarial de Madrid), nº 27, septiembre-octubre de 2009, en <http://xurl.es/vnly6>, a 25 de marzo de 2017.

⁵⁴⁰ Silva-Ruiz, P.F.: *Maternidad subrogada o de alquiler*, en Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, Tomo III, página 831, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.

⁵⁴¹ Alkorta Idiaquez, I: *Op.cit.* y Fernández-Pacheco Martínez, M.P.: *Op. Cit.*, y Zarraluqui, L: *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid, 1988.

hombre que finamente reclame la paternidad, se está ante un supuesto de sustitución plena, siendo éste el punto de vista que también empleó la Exposición de Motivos de la Ley de 1988, al hacer referencia a una maternidad plena o no plena, según se haga uso o no de material genético de la mujer gestante.

Es por ello evidente que el hecho de que la mujer comitente aporte o no su material genético, en contraposición del supuesto de que sólo tenga el deseo de hacer suyo al hijo nacido de la gestante, sin que haya aportado sus propios óvulos, pues en este último caso se hace referencia a un “alquiler de útero”, en el cual se deposita un embrión para que sea gestado para una mujer distinta, lo que para otros esto sí determinará una verdadera maternidad subrogada⁵⁴². La Exposición de Motivos de la Ley de 1988 y también la vigente Ley de 2006 no hacen referencia alguna a la diferenciación de que la gestación por sustitución pueda observar las diferencias de una gestación por sustitución plena o no.

Pues bien: salvando el primero de los supuestos y siempre que se concluya la determinación de la filiación a través del cauce que se prevé por el procedimiento de adopción, el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida simplemente se limita a vedar la utilización de estos mecanismos, sin más, sancionando el incumplimiento con la nulidad del acuerdo que pudiera haber existido entre la madre gestante y los comitentes y, yendo aún más allá: determinando directamente la filiación a través del parto y, por ello, haciendo que legalmente sea madre de la criatura la madre gestante y no la comitente, evitando con ello la finalidad que las partes habían perseguido

Esto ha llevado a que parte de la doctrina se llegue a plantear algo evidente: puede darse el caso de que la gestación se base en la utilización de material genético de la mujer comitente, que a la vez será por tanto madre genética del hijo nacido. De ahí que se haga incluso mención de una “*intransigente preclusión*” que lleve a entender irrelevante el vínculo genético con quien aportó sus gametos en el proceso⁵⁴³. Se genera con ello una

⁵⁴² Alkorta Idiaquez, I, Op. Cit.

⁵⁴³ Bianca, M: “Stato delle persone, Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana”, Milan, 1987, páginas. 111-112

paradoja importante que en el ordenamiento jurídico debería resolver en el futuro: la madre gestante no podrá renunciar a la filiación de un hijo que en algunos supuestos no será genéticamente suyo, pero se obliga en este caso a quien sí sea madre genéticamente hablando a ver renunciados sin más sus derechos respecto del hijo nacido.

3.3.3.2.1. Naturaleza del contrato de gestación por sustitución y la renuncia a la maternidad de la madre gestante: la nulidad del contrato.

El artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida se refiere a la existencia de un contrato entre la madre gestante y la/s persona/s comitentes, lo cual puede dar a entender que al acuerdo entre gestante y comitentes se le deba entender aplicable toda la legislación en materia de obligaciones y contratos, por lo que en palabras de De Castro⁵⁴⁴, “clasificar unos hechos o una conducta con la denominación de negocio jurídico o negarle esta condición significa tanto como decir que se le aplicarán un conjunto distinto de disposiciones jurídicas”.

Debe advertirse que no toda la doctrina contempla el tema en un único sentido, pues podemos encontrar la postura de quien considera que estamos ante un negocio jurídico atípico de derecho de familia, quien lo ve como una promesa unilateral, un mero “*acuerdo de caballeros*” o simplemente un acto ilícito con consecuencias civiles e incluso penales. En todo caso, el sector doctrinal más amplio en cuanto a la calificación es el que considera que estamos ante un contrato que liga a la madre gestante y a la/s persona/s comitente/s, a través de un determinado conjunto de derechos y de obligaciones.

Es importante el hecho de que el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida se refiera a un acuerdo en que medie precio o no. En este sentido, puede contemplarse que la doctrina lleva a cabo diferencias entre que sí exista causa onerosa o no, en cuanto a la atribución de las consecuencias que de ello se derivarían: por ejemplo, para unos, mediando precio no habría contrato, ante la ilicitud de la causa, cabiendo la licitud, si

⁵⁴⁴ De Castro, F: El negocio jurídico, Editorial Civitas, Madrid, 1985, página. 35.

el contrato es gratuito⁵⁴⁵Y, desde la perspectiva de la gratuidad, otro sector doctrinal entiende que simplemente estaríamos ante una mera obligación moral o natural que no constituiría vínculo jurídico entre las partes.

Para un mayoritario sector doctrinal, se está ante un auténtico contrato, siendo minoritario el conjunto de autores que lo niegan. Sin embargo, el artículo 10 Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la doctrina diferencian que el acuerdo entre las partes tenga o no causa onerosa, para atribuirle en ese caso consecuencias diferentes. Así, se entiende que no hay contrato, por ilicitud de objeto y de causa, si ésta es onerosa⁵⁴⁶, si bien se podría considerar válido en el caso de existir gratuidad, tal como apunta Pantaleón Prieto⁵⁴⁷. Para otros, la falta de precio constituiría un simple acuerdo entre caballeros de personas serias, que a veces están dispuestas a cumplir lo prometido, aunque no sea jurídicamente exigible⁵⁴⁸, en donde la obligación moral obligaría al que la ha contraído en el foro del honor, pero sin constituir un vínculo jurídico entre las partes. En todo caso, es evidente que el legislador cataloga en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida como contrato el acuerdo entre gestante y comitentes, por lo que la doctrina ha examinado si este contrato se puede ver encajado en alguno de los tipos de contrato conocidos.

Determinado sector doctrinal considera que se debería hablar de un contrato de servicios, en que simplemente la madre gestante se compromete por un lado a entregar un hijo al/los comitente/s y también a que este hijo nazca saludable, por lo que no podrá fumar, deberá mantener una serie de cuidados durante la gestación, fluctuando en la consideración de que el contrato es de arrendamiento de obra, o incluso si la relación contractual sería

⁵⁴⁵ Así, por ejemplo, Francisco Rivero Hernández defendería la postura de la ilicitud ante la onerosidad del contrato, mientras que Fernando Pantaleón Prieto defiende la licitud en los supuestos de que el acuerdo parta de su gratuidad (Rivero Hernández, Francisco: Elementos de Derecho Civil IV, Madrid, 1989, páginaina 165; Pantaleón Prieto, A.F., Contra la Ley de técnicas de reproducción asistida, en Homenaje al Profesor Juan Roca Juan, páginas. 646 y ss., Murcia, 1989)

⁵⁴⁶ Rivero Hernández, Francisco, op. Cit.

⁵⁴⁷ Pantaleón Prieto, A.F., op. Cit.

⁵⁴⁸ Rivero Hernández, Francisco, op. Cit, páginainas 164 y 165.

semejante a la de venta de cosa futura, si se trata por el contrario de un contrato a favor de un tercero (cuyo beneficiario sería el niño), o bien se trata simplemente de un contrato atípico.

Analizando cada uno de estos puntos de vista, si el contrato se contempla como contrato de arrendamiento de servicios en que la gestante se compromete a gestar un embrión, esto supone que se salva la posible nulidad del contrato, dado que gestar no está declarado ilícito por la Ley, mientras sí implicaría nulidad del contrato el hecho de verlo como arrendamiento de obra, dado que en tal caso, se estaría haciendo que el objeto del contrato lo sería un elemento fuera del comercio de los hombres: la entrega de un hijo. No obstante, lo cierto es que la gestante se compromete en todo caso a la entrega del niño, por lo que en paralelo, la gestante se compromete a llevar una vida sana durante la gestación, garantizando con ello el buen fin de la gestación y la entrega del menor. Por otra parte, esto se ve reafirmado por ejemplo, con un caso paradigmático en la gestación subrogada: el caso “Baby M.”, en que se establecían remuneraciones crecientes para la gestante, en función del tiempo de gestación transcurrido hasta un eventual aborto, siendo sólo posible el pago total para el supuesto de que el niño fuera entregado a los comitentes, por lo que las consecuencias jurídicas de este acuerdo también suponen su calificación.

Esto hace también que parte de la doctrina califique el contrato como contrato de venta de cosa futura, si bien en este caso el objeto sería ilícito, pues en palabras de Lledó Yagüe, se no se estaría tratando al “*hijo como alguien y no como algo*”⁵⁴⁹. En todo caso, la Sentencia del Tribunal de New Jersey, de 1987, en el citado caso Baby M., declaró que el tema “se trata de la venta de un hijo o al menos de la venta del derecho de la madre a su hijo, con el único factor atenuante de que el comprador es el padre”⁵⁵⁰

No puede tampoco obviarse que la gestación por sustitución va mucho más allá de un mero acuerdo de voluntades entre gestante y comitentes: existen contratos con las

⁵⁴⁹ Lledó Yagüe, F.: El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo, en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del Siglo XX. Ed. Trivium, Madrid 1988, página. 328.

⁵⁵⁰ Fernández-Pacheco, M.P., Op. Cit., página. 674.

clínicas de reproducción asistida, o bien de las agencias intervinientes, o simplemente de depósito del material genético. Así y aunque los contratos mencionados no supongan directamente la plasmación de la voluntad de gestante y comitentes, sí son contratos conexos o coligados y conducentes a un mismo fin. En este sentido, la expresión utilizada por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, alude directamente a los mismos, cuando para declarar la nulidad del contrato de gestación por sustitución, se mencionan a la vez a “*contratante o tercero*”.

En todo caso, deben tenerse también en consideración las determinaciones de los artículos 1.271, 1.275, 1.305 y 1.306 del Código civil, ya que al margen de lo que dispone la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su artículo 10, lo cierto es que difícilmente encajarán tanto el contrato, como su objeto, en que hablemos en el acuerdo de cosas *extra commercium*, o bien que nos encontremos ante la existencia de una causa contractual ilícita, encuadrándose el eventual contrato o acuerdo en la nulidad según el Código civil y no ya a través de lo dispuesto por la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Pues bien, todo lo anterior supone una consecuencia clara, respecto de la/s persona/s comitente/s: éstas no podrán reclamar en ningún caso o bien exigir el cumplimiento de un contrato que legalmente no existirá, al ser nulo. De esta forma, si la gestante decidiera no entregar al menor a los comitentes, no se podría obligar esta entrega por parte de un Tribunal, ante la nulidad del pacto en cuestión. No obstante, existen países en que se admite la gestación subrogada y, tal como sucedió en Estados Unidos con el Caso Baby M, cabe la posible impugnación del contrato de maternidad subrogada⁵⁵¹. Por su parte, la gestante no podrá tampoco reclamar ningún tipo de pago o compensación al/los comitente/s, como tampoco podrá pedir indemnización alguna por posibles daños derivados de la gestación, planteándose la paradoja antes apuntada y que queda pendiente de solución, siendo la base de la cuestión: la madre gestante no podrá renunciar a la filiación de un hijo que en algunos

⁵⁵¹ Leonseguí Guillot, Rosa Adela. *La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo*. Boletín De La Facultad De Derecho De La UNED, núm. 7, 317-338, en goo.gl/F8xXNU, a 24/03/2017.

supuestos no será genéticamente suyo, pero se obliga en este caso a quien sí sea madre genéticamente hablando (o madre comitente) a ver renunciados sin más sus derechos respecto del hijo nacido.

Lo único cierto al hablar de la nulidad del contrato es que, además de que la filiación materna se determine por el parto, también la filiación paterna quedará determinada sin problema, bien sea porque el material genético masculino corresponda al padre comitente, o bien porque éste será determinado padre, por el imperativo legal establecido por los arts. 7, 8 y 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Asimismo, el padre comitente podrá también reclamar la paternidad del hijo concebido, por mucho que el contrato se entienda nulo, pudiendo también llevar a cabo un mero reconocimiento de su paternidad ante el Registro Civil. A su vez, la madre comitente (cuyos gametos podrán haber intervenido o no en la gestación) podrá acudir a la adopción del hijo, con lo que de esta forma, el contrato de gestación por sustitución, que ha sido nulo, podría así llegar a obtener la necesaria cobertura jurídica que le brindase eficacia.

Por su parte, la madre gestante lleva a cabo una renuncia a la determinación de su maternidad, en virtud de un acuerdo de maternidad subrogada o bien de gestación por sustitución. Esto hace que para algunos la no inclusión de una cláusula en el contrato en que la madre gestante renuncie expresamente a la determinación de la filiación comportará que el contrato no sea nulo, al no vulnerarse lo dispuesto por los arts. 1.255 y 6.3 del Código civil, ya que no se estaría en tal caso vulnerando ninguna norma reguladora del estado civil de las personas, que tienen un evidente carácter imperativo y de orden público y, por tanto, irrenunciable.

A su vez, la madre gestante también podrá acudir a la vía dispuesta por el artículo 139 del Código civil, en relación con las acciones previstas por los arts. 131 a 134 CC. En tal sentido, podrá proceder a impugnar su maternidad, justificando la suposición de parto o ser cierta la identidad del hijo.

3.3.4.2.2. *Sanción legal de la gestación por sustitución: determinación de la filiación por el parto, efectos añadidos al incumplimiento del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y consecuencias para el hijo concebido y nacido.*

Una de las curiosas contradicciones de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida radica en el hecho de que si bien en unos casos ofrece soluciones innovadoras en cuanto a los conceptos de maternidad, paternidad, familia y filiación, si bien no ocurre lo mismo cuando se trata de la cuestión relativa a la gestación por sustitución, en donde aplica un punto de vista conservador y tradicional, reiterando el criterio del parto para la determinación de la filiación, marginando así a la madre genética frente a la madre gestante. Esto, evidentemente, constituye una contradicción en el seno del ordenamiento español: por un lado, se permite (e incluso se da alas) a la investigación de la paternidad y del origen⁵⁵², si bien se elimina de la escena a la madre comitente (que incluso en muchas ocasiones aporta material genético propio) y a la que no se concede importancia alguna, excluyéndola de todo vínculo entre madre genética e hijo que nazca del proceso. Esto es lo que ha llevado a algunos autores a que la relevancia de la gestante radica en que el ordenamiento da al vínculo de sangre entre progenitor y descendiente.

Igualmente, se establece en este caso un extraño trato hacia el supuesto de gestación por sustitución en España, si bien la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida no desconoce la denominada paternidad o maternidad “social o de deseo”⁵⁵³ que en páginas anteriores ya se aludió. El valor que concede la ley a esta paternidad social o de deseo sólo aparece cuando se dé una inseminación artificial de una mujer sola y también la de la mujer en parejas infértiles, negándola tajantemente en el caso de la maternidad subrogada del artículo 10 de la Ley. La solución que en este caso se da por la Ley, en cuanto a la

⁵⁵² Ley 11/1981, de 13 de mayo, de Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, que declaró la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 47 de la Ley reguladora del Registro Civil y apartado 3 del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁵⁵³ Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, páginas. 353-356.

atribución de la filiación del niño nacido es la solución tradicional: la atribución de la maternidad a la gestante, que por otra parte muestra su clara intención de desentenderse del menor, a tenor del contenido del contrato de gestación por sustitución. La justificación que concedió a la cuestión la anterior Ley 35/1988, en su Exposición de Motivos, se refería a que la madre gestante se ve unida al hijo nacido por una “*estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo (...) sin cuestionar el alcance de otras variantes*”

Estas “otras variantes” han llevado a que la doctrina o bien la jurisprudencia de otros países haya generado posibles soluciones que supondrían:

1.- La atribución de la maternidad a la madre genética y social o de deseo, cobrando en tal caso validez el acuerdo entre madre gestante y comitente. Ésta fue la solución estadounidense permitido por la *Uniform Parentage Act*, del año 2000. Esta solución también se ha adoptado en Grecia, para el supuesto de que la madre comitente sea también madre genética, acudiendo a una presunción *iuris tantum* de maternidad.

2.- Permitir que se pueda cumplir voluntariamente el acuerdo por parte de la madre gestante, con la condición de que no exista contraprestación económica, solución que fue aplicada en el Reino Unido por medio de la *Surrogacy Arrangements Act*, de 1985 y por la Ordenanza del Tribunal de Roma, de 17 de febrero de 2000, en que el Juez autorizó implantar un embrión de la pareja comitente en la madre sustituta, afirmando que “*ambas mujeres tienen una conexión biológica con el hijo. El problema es decidir quién se haga cargo del hijo después del nacimiento, es decir, cuál de las dos mujeres se considera socialmente responsable*”, resolviendo la Sentencia que la maternidad será atribuida a la madre comitente, pero sin “*excluir el derecho de la madre subrogada a seguir viendo al niño, de seguirlo, de coparticipar en sus manifestaciones de vida y de tenerlo por algunas horas del día*”⁵⁵⁴

⁵⁵⁴ Ordenanza del Tribunal de Roma, de 17 de febrero de 2000, *Il diritto di famiglia e delle Persone*, 2000, página. 715

3.- Autorizar que la madre comitente lleve a cabo la adopción del hijo nacido, solución judicial británica, de 1987.

El Derecho español, a través del artículo 134 CC, podría conducir a la impugnación de la maternidad determinada por el parto, por parte de la madre comitente, en aquellos supuestos en que el óvulo empleado provenga de ella misma, si bien parte de la doctrina considera que sería preferentemente aplicable el contenido del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, al tratarse de una cuestión que se resuelve ante el conflicto entre impugnación/reclamación de maternidad, a favor de la maternidad asignada a través, simplemente, del parto.

Por su parte, el padre que aportó material genético para la reproducción podría reclamar con facilidad la filiación de la madre gestante, puesto que así lo determina el apartado tercero del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. El problema surgiría en aquellos casos en que el donante fuera anónimo, con lo que la reclamación de filiación paterna en este caso resultaría inviable.

Igualmente, los efectos derivados de un contrato de gestación por sustitución aún podrían verse con mayor complejidad de la que hasta aquí hemos contenido. Se ha contemplado hasta el momento la existencia de una madre gestante por un lado y un padre (y/o madre-padre) comitentes. Pues bien, el tema recibe una clara complicación en los supuestos en que la madre gestante, a su vez, está casada o bien tiene pareja. Si esto por su parte se conjuga con los hechos de que la persona o pareja comitente pueda haber aportado o no sus propios gametos para el proceso, nos encontraremos con que, de entrada, la pareja estable o esposo/a de la mujer gestante pueda haber consentir todo el proceso (en cuyo caso, se determinará legalmente la filiación del hijo a su favor –arts. 7 a 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida) o bien no consienta el proceso, lo cual supondría atribuir únicamente la filiación a la mujer. En este último supuesto, lo único que quedaría prohibido sería la selección de gametos masculinos a la mujer, pero no femeninos (artículo 11 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida). Por lo tanto, en el caso de que la mujer acudiera a someterse al centro médico especializado presentándose

como pareja de hecho del padre comitente, en tal caso sí se vería atribuida a éste la paternidad (artículo 8.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida).

Al margen de los efectos civiles que el incumplimiento del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida supondría para las partes, debe hacerse notar que el ordenamiento jurídico español también prevé otras consecuencias que vienen reguladas por otras ramas de nuestro sistema jurídico. En primer lugar, el Título XII del Código penal, se ve dedicado a tratar los delitos contra las relaciones familiares. En sus arts. 220 a 222 se ve tipificada la suposición de parto y la alteración de la paternidad o condición del menor.

El artículo 220 del Código Penal dispone que: *1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.*

2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.

3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.

4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.

5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año.

Por su parte, el artículo 221 del Código Penal establece que *1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión*

de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.

Y finalmente, el artículo 222 del Código Penal tipifica de forma agravada que *El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.*

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.

En definitiva, el Código penal sitúa como bien jurídico protegido en los artículos transcritos el estado civil de las personas y a raíz de lo expuesto, es evidente que un acuerdo de maternidad subrogada puede concluir fácilmente en la comisión de un delito de suposición de parto cuya consecuencia no sea otra que la alteración del estado civil de la persona: tanto de la filiación materna de la madre gestante (artículo 220.2 del Código Penal), como de la madre comitente, a la cual se le podría aplicar el tipo agravado del artículo 222 del Código Penal, por la concurrencia de precio en la operación.

En paralelo a la responsabilidad penal, podría hablarse también de responsabilidad civil, derivada de lo dispuesto por los arts. 116, 119 a 122 del Código Penal, para el supuesto de que la comisión del delito comportase daños, cabiendo también la imputación de responsabilidad de carácter administrativo al centro médico que intervino en el proceso,

en el caso de poder aplicarse lo dispuesto por los arts. 25 y 16 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, relativos a las infracciones administrativas y los responsables de éstas⁵⁵⁵.

Por último, con respecto de los hijos nacidos mediante la conclusión de un contrato de gestación por sustitución, se derivan también una serie de efectos que según la actual regulación de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida que se fundamentan, como interés principal, en la seguridad que el ordenamiento debe otorgar al hijo en relación con su filiación materna, de forma que su *status filiae* no pueda quedar al albur de múltiples posibilidades de atribución de la maternidad.

Es evidente la acertada crítica que por parte de cierto sector doctrinal se hace, también, al efecto sancionador del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en cuanto a que la determinación de la filiación se atribuya sin discusión a la madre gestante⁵⁵⁶. En este caso, está claro que se estará obligando al hijo a mantener una relación de filiación con una madre que inicialmente no deseó tener tal relación con él y por lo tanto, tampoco tenía intención de asumir los deberes inherentes a su maternidad: esto supone, sin más, obviar el superior interés del hijo concebido y no su *status filiae*, claramente supeditado a aquél. El hijo pasará a ser así responsable de consecuencias no deseadas, a través de una clara limitación de sus derechos y tutela de los mismos⁵⁵⁷. Éste fue precisamente el resultado brindado judicialmente por la Corte Suprema de California (en el caso Buzzanca Vs. Buzzanca), en 1998: tras firmar un contrato de gestación por sustitución con una mujer, el matrimonio Buzzanca se divorció y el marido decidió desentenderse de la filiación de la hija gestada y nacida, resolviéndose finalmente que se atribuía la filiación a quienes fueron matrimonio comitente, toda vez que por haber iniciado

⁵⁵⁵ Cobacho Gómez, José Antonio: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, página. 388-390.

⁵⁵⁶ José Antonio Corbacho Gómez, en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, página. 391.

⁵⁵⁷ Oppo, G.: *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 2, 2005, página 103.

este proceso, la filiación les debía ser atribuida. Evidentemente, a la luz del vigente artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, esta solución sería imposible en España, pues fuere como fuere, se atribuiría la maternidad a la gestante, sin ningún tipo de discusión al respecto.

No obstante, debe afirmarse que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida cae en un error gravísimo y hace reprochable la regulación que brinda a la gestación por sustitución: al prohibir la gestación por sustitución hace recaer todas sus consecuencias y reproches de índole moral, jurídica, social y psicológicos, sobre el hijo nacido y no tanto sobre la madre gestante y el/los comitente/s. Con ello, se pierde totalmente de vista que lo básico, ante el nacimiento de un niño, es precisamente el interés superior del menor que como se ha manifestado ya, no queda en absoluto protegido por esta regulación.

Por otra parte, el marco jurídico español en la materia sitúa la gestación por sustitución una vez más en el núcleo del debate: ¿es admisible la paternidad de deseo o social, o no lo es? Evidentemente, los nuevos modelos de familia llevan a que la paternidad o maternidad de deseo se haya ido admitiendo en la historia y, mucho más, desde la aparición y perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida. Pero evidentemente, el Derecho no puede desconocer que la realidad social hace que las personas busquen la maternidad subrogada como un método más directo de poder obtener descendencia (con o sin material genético propio). Y esto es lo que hace que las parejas (de hombres y mujeres, de hombres o de mujeres) y las personas solas (llevando así a núcleos monoparentales de hombre o de mujer) hagan lo posible por obtener el método de la maternidad subrogada, arriesgándose a tener que acarrear (ellos, o bien sus descendientes) las consecuencias indeseables que se han examinado anteriormente.

De esa forma y en un momento histórico en que los desplazamientos a nivel mundial son relativamente fáciles y baratos (sobre todo desde el denominado “*primer mundo*”), esto supone que muchas personas hayan decidido iniciar el proceso fuera de nuestras fronteras, en aquellos países que sí autorizan la maternidad subrogada.

En estos casos, se abre un nuevo horizonte que lleva a planteamientos de Derecho internacional privado y que evidentemente la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida española no prevé ni resuelve, pero que una vez sí han existido, en la práctica se les ha dado solución a través de Instituciones del Estado, como por ejemplo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, tal como de inmediato se examinará, que finalmente resultaron desbaratadas por la Sentencia de 6 de febrero de 2014⁵⁵⁸, junto con su Auto aclaratorio, de 2 de febrero de 2015⁵⁵⁹, que son objeto de estudio aparte.

3.3.3.3 La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 18 de febrero de 2009 y consecuencias posteriores.

Según dispone el vigente Real Decreto 1.125/2008, de 4 de julio, por el que se da la actual estructura orgánica al Ministerio de Justicia del Gobierno de España, se configura por su artículo 7, la Dirección General de los Registros y del Notariado, con una serie de funciones básicas que, por lo que al presente estudio se refiere, deben tenerse en consideración cuanto sigue: *b) La tramitación y, en su caso, resolución de expedientes de nacionalidad y los de reconocimiento o denegación de las situaciones que afectan al estado civil de los ciudadanos y su inscripción en el Registro Civil; asimismo, la tramitación y, en su caso, resolución de los recursos gubernativos contra los actos de los titulares del ejercicio de estas funciones, así como el estudio y la resolución de cuantas consultas le sean efectuadas sobre las anteriores materias.*

c) La planificación de los Registros Civiles, la programación y distribución de los medios materiales y personales precisos para su funcionamiento, así como su organización, dirección e inspección.

⁵⁵⁸ En goo.gl/WLI4Sv, a 24/03/2017

⁵⁵⁹ En goo.gl/VorTZkcontent_copy, a 24/03/2017

A tenor de lo que dispone la vigente Ley reguladora del Registro Civil en España (Ley de 8 de junio de 1957), en su artículo 9, así como lo que dispone el artículo 2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (que definitivamente sustituirá a la actualmente en vigor, desde julio de 2017) existe una dependencia jerárquica de todos los Registros civiles españoles que quedan supeditados a los criterios que a través de sus resoluciones vaya estableciendo la Dirección General de los Registros y del Notariado. Dichas resoluciones podrán emitirse en forma de instrucción, o bien en forma de resolución, que tal como indica la transcripción de las funciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se emitirán cuando se planteen ante la misma recursos gubernativos contra los actos resolutorios previamente dictados por quienes ostenten la calidad de encargados de Registros Civiles: bien jueces, o bien Cónsules de España, respecto de hechos inscribibles en el extranjero, en Consulados del Reino de España.

Es menester considerar que al respecto de estas resoluciones, algún autor⁵⁶⁰ ha llegado incluso a afirmar que “Las instrucciones emanadas de la D.G.R.N. se incorporan al ordenamiento jurídico del que constituyen fuentes, en sentido propio, que vinculan a todos los organismos de gestión e inspección registral, e incluso a los Tribunales, sin otra limitación que la de no hallarse en oposición con fuentes de rango superior o con otros de igual rango, de fecha posterior”.

En tal sentido, es necesario advertir que a pesar de que el ejercicio de responsable del Registro Civil se atribuya habitualmente a los Jueces encargados, la tarea de los mismos no queda marcada, por tanto, por los mismos principios que marcan la actividad jurisdiccional; esto es, en este caso, no será aplicable el principio de independencia jerárquica, sino que precisamente, el encargado del Registro Civil, sea Juez o Cónsul (en los supuestos de los Registros civiles españoles en el extranjero), se verá supeditado en todo momento a lo que haya determinado la Dirección General de los Registros y del

⁵⁶⁰ Peré Raluy, Juan, Derecho del Registro Civil, Editorial Aguilar, Madrid, 1962.

Notariado, tal como se ha expuesto ya, entendiéndose aplicable por tanto el principio de jerarquía administrativa. Por lo tanto, la actividad como encargado del Registro consiste en una función claramente de carácter administrativo y no en el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado, propiamente dicha⁵⁶¹.

Sentado lo anterior a modo aclaratorio, debemos volver sobre lo antes afirmado, en cuanto a que ante un ordenamiento jurídico como el nuestro prohíbe la gestación por sustitución, en un contexto en que los desplazamientos a nivel mundial son fáciles (sobre todo desde el denominado “*primer mundo*”). Esto lleva a que muchas personas hayan iniciado su proceso de maternidad subrogada fuera de nuestras fronteras, en aquellos países que sí autorizan la gestación por sustitución y a tal fin tienen una regulación específica en la materia.

Dicha regulación lleva a que la madre gestante no conste más que en el documento de acuerdo entre ésta y el/los comitente/s, por lo que una vez se produce el nacimiento del hijo, su filiación queda directamente atribuida en los países que así lo admiten al/los comitente/s, extendiéndose por ello un certificado de nacimiento del hijo, en que no constará ninguna referencia a la madre gestante, sino a una pareja (hombre-mujer, hombre-hombre, mujer-mujer) o bien a una persona (hombre o mujer) que serán los que en la relación contractual previa se hayan presentado como comitentes. En otros casos (como en algunos Estados de Estados Unidos –Texas, por ejemplo–), será obligatoria la intervención judicial, en el momento en que la gestante se desvincule del menor y por tanto la atribución de la filiación a los comitentes no sólo se base en una resolución administrativa o registral, sino en una resolución judicial, derivada de un proceso de jurisdicción voluntaria.

Expuesto lo anterior, es necesario considerar el caso planteado ante el Registro Consular español en Los Ángeles, competente desde el punto de vista territorial con respecto al Estado de California, dirigido en aquel momento por el diplomático Inocencio

⁵⁶¹ Calvo Caravaca, Alfonso-Luis: *Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009*. Cuadernos de Derecho Transnacional, volumen 1, 2009-2, páginas. 249-319. Madrid, 2009.

Arias. El caso lo planteó una pareja de dos hombres valencianos que obtuvieron el nacimiento de mellizos, mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida, a través de un contrato de gestación por sustitución. Tras el parto y nacimiento de ambos hijos, la pareja procedió a inscribir el nacimiento y, con ello, los vínculos de filiación de los dos hijos comunes ante el Registro Consular de Los Ángeles, aportando a tal fin un Certificado Literal de Nacimiento, extendido por el Registro civil estadounidense en Los Ángeles (California). Hasta aquel momento, el Consulado español en Los Ángeles no había planteado ninguna objeción a las parejas que iban teniendo hijos por gestación subrogada. Pero en esta ocasión, el Cónsul encargado del Registro Civil Consular español en Los Ángeles denegó por Auto de 10 de noviembre de 2008 la posibilidad de inscribir la filiación de ambos menores a favor de sus progenitores, invocando lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Asistida, entendiendo que al amparo del citado artículo, la filiación sólo podía ser reconocida a favor de la madre gestante⁵⁶².

A raíz de dicha Resolución, los interesados plantearon recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, sin que el Ministerio Fiscal hubiera formulado alegación alguna (ni a favor ni en contra de la estimación del citado recurso) y concluyendo la cuestión mediante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009⁵⁶³, que en síntesis entendía perfectamente inscribible el nacimiento de los niños, dado que:

a. El interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.

b. Nada impide en la legislación registral realizar la inscripción de conformidad con el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil: el control de legalidad de las

⁵⁶² Casado, María: *De la solidaridad, al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico*. Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona. Barcelona, 2017. Página. 206-207

⁵⁶³ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009, en goo.gl/fu5iYm, a 22 de mayo de 2017.

certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro español no exige que éstas sean decisiones “idénticas” a las que se adoptarían en España sino documentos públicos adoptados por (1) una autoridad “competente”, (2) que desempeñe “funciones equivalentes” a las de autoridades registrales españolas (en este caso particular, constatación de nacimiento y filiación del nacido) y

c. Que no produzcan efectos contrarios al orden público internacional español.

A tenor de lo expuesto, es más que evidente que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que nos ocupa es un ejemplo de aplicación e interpretación del Derecho internacional privado, al ofrecer una solución práctica que satisface no sólo a los progenitores comitentes, sino también al interés superior de los menores. En todo caso, existe un sector doctrinal⁵⁶⁴ que considera que la forma en que la Dirección General resuelve la cuestión comporta un evidente fraude de ley a las normas de conflicto de leyes, si bien, como se ampliará seguidamente, ya ha sido advertido por la misma Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones anteriores⁵⁶⁵ que es necesario interpretar dichas normas con cautela, puesto que constituyen un cuerpo normativo preconstitucional y en muchos casos, claramente inconstitucional.

Debe hacerse notar que se ha subrayado en este texto el hecho de que el Ministerio fiscal no hubiera alegado nada, ni a favor ni en contra, en el trámite del recurso gubernativo antes mencionado: como podrá verse más adelante, esto simplemente supone una nueva contradicción en la que el Ministerio público primero admitió el contenido del recurso y posteriormente contradujo su postura anterior, marcándose el funcionamiento basado en directrices políticas y no sólo jurídicas.

La Resolución inicia su análisis observando el contenido del artículo 15 de la Ley del Registro Civil, que permite la inscripción de nacimiento en un Registro español, en los

⁵⁶⁴ Quiñones Escámez, Ana: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada; En torno a la R. D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009” Revista para el Análisis del Derecho, 2009-3. Barcelona, julio de 2009.

⁵⁶⁵ Por ejemplo, Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

casos en que el nacimiento se produzca en España, o bien la nacionalidad del nacido sea española. Debe partirse, pues, de que los menores nacidos en California son españoles, por aplicación del artículo 17.1.a del Código civil, al ser nacidos de padres españoles. Para determinar el vínculo de filiación con los progenitores españoles, la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende suficiente para considerar al sujeto “nacido” de padre o madre españoles si se desprenden indicios racionales de la generación física del nacido por un progenitor español (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 28 de octubre de 1986). En este sentido, la Resolución de 18 de febrero de 2009 manifiesta que existen datos suficientes que demuestran el hecho físico de la generación de los nacidos por parte de dos ciudadanos españoles, puesto que se partía de la utilización de gametos de ambos ciudadanos españoles.

Si lo anterior fue básico para considerar que el Auto denegatorio del Cónsul español en Los Ángeles debía ser revocado, el segundo gran argumento que fundamenta la Resolución de 18 de febrero de 2009 lo encontramos en que la misma entiende que no se trata aquí de discernir qué normas jurídicas determinarán en este caso la filiación, sino que lo esencial de la cuestión radica analizar la validez extraterritorial de las decisiones extranjeras en España: es decir, que la Autoridad registral española no deberá acudir a analizar si se ha aplicado correctamente o no lo dispuesto por la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, sino que deberá considerar únicamente el conjunto normativo español que permita o no el acceso al Registro Civil de decisiones extranjeras y que, en este caso, se refiere a la decisión estadounidense de inscribir la filiación de los dos niños a favor de sus dos padres españoles en el territorio californiano. Por lo tanto, no se trataba aquí de dilucidar qué norma rige la determinación de la filiación, sino de analizar si es o no aplicable en este caso lo dispuesto por el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, relativo a las clases de títulos inscribibles en el Registro y los requisitos que éstos deben cumplir: *El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativa o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.* Así, la Dirección General de los Registros y del Notariado argumenta en su Resolución:

“II. La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto (artículo 168 del Reglamento del Registro Civil) o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

En el caso de inscripción del nacimiento por declaración, el Encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de ésta misma. Para ello, el Encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la Legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el Encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio (artículo 12.6 del Código Civil). Es decir, en estos supuestos surge una cuestión de “Derecho aplicable” a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas.

Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta. Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye una “decisión” adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una “decisión extranjera” en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de “Derecho aplicable”, sino una cuestión de “validez extraterritorial de

decisiones extranjeras en España”, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro.

La aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del artículo 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida”

Precisamente, como consecuencia de lo que expone la Resolución en el último párrafo transcrito, no cabe aquí hacer mención a norma de conflicto alguna, pues nos encontramos ante una *decisión* extranjera, cual es la inscripción del nacimiento de los menores, determinando la filiación a favor de ambos progenitores y emitiendo asimismo el correspondiente certificado de nacimiento. Y no cabe hacer mención de normas de conflicto, dado que a tenor de lo dicho, no existe situación privada internacional que se plantee por primera vez ante una Autoridad española, sino que únicamente se trata aquí simplemente de reconocer o no una decisión extranjera y nada más.

En este caso, la inscripción del nacimiento y atribución de la filiación a la pareja de padres era posible según la Resolución, ya que: 1.- Se trataba de inscribir un documento auténtico estadounidense. 2.- El documento era título suficiente para la inscripción del hecho del cual da fe. 3.- El título simplemente debe superar un control de legalidad en España, a fin de poder contar con fuerza jurídica suficiente. 4.- El control de legalidad vendrá establecido o bien por vía convencional internacional, o simplemente por el procedimiento que establezca la legislación española. Y 5.- el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil no establece condiciones para la práctica de la inscripción en el Registro Civil español de un título extranjero, ni indica el sistema o método que deba seguirse al respecto, al limitarse a indicar que dicho documento deberá tener *fuerza en España*. Por lo tanto, teniendo en cuenta que en Estados Unidos y, más concretamente, en California, el documento en sí contaba con total validez para acreditar la filiación de los menores, el documento ya contaba con encaje suficiente en el parco artículo 81 del

Reglamento del Registro Civil, debiendo determinarse únicamente si nos encontrábamos ante un título suficiente y válido para ser inscrito en el Registro Civil español.

En este caso, es evidente que la “decisión” extranjera cuya inscripción en España se pretendió se limitaba a constatar la existencia y validez de una determinada situación jurídica, sin ir más allá en torno a decidir sobre conflicto o controversia alguna. Y se trata de una “decisión”, en el sentido legalmente requerido, pese a no tratarse de una sentencia judicial que resuelva conflictos, pero en todo caso la resolución californiana comporta una resolución de fondo que proviene del control del ajuste del acto privado al ordenamiento jurídico del Estado de California y no consiste en una simple declaración de voluntad de los particulares, siendo por ello una declaración oficial de la autoridad norteamericana.

En este sentido, el certificado de nacimiento de California sería homologable a otras situaciones que el Derecho internacional privado contempla: el acta de matrimonio, que es una “decisión”, según el Convenio de la Haya de 14 de mayo de 1978, relativo a la celebración y reconocimiento del matrimonio; también según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es una “decisión” el acta registral en que conste el nombre de un menor⁵⁶⁶; o bien también son consideradas “decisiones” las certificaciones de registros oficiales que acreditan la constitución de una sociedad mercantil⁵⁶⁷

En cualquier caso, el hecho de que se considere que una “decisión”, como la certificación de nacimiento californiana, es equiparable a una Sentencia judicial, evidentemente no obsta para que en este caso se deba entender que no estamos ante una resolución judicial con el carácter de una sentencia; esto es, no se trata de una resolución con fuerza de cosa juzgada ni que lo declarado en ella constituya una verdad jurídica, pues el tratamiento que recibirá ante el Registro civil español será el del transcrito artículo 81 de su Reglamento, cabiendo incluso la modificación posterior de los datos consignados, debiendo seguirse el cauce previsto por el artículo 92 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre

⁵⁶⁶ STJUE de 14 de octubre de 2008, 353/2006.

⁵⁶⁷ STJUE, de 30 de septiembre de 2003, C-167/01.

el Registro Civil, que fue el que se venía utilizando por ejemplo por las personas transexuales, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de rectificación de la mención del sexo de las personas, previa demanda de rectificación de los datos consignados en el asiento del Registro civil.

Por lo tanto, la Dirección General de los Registros y del Notariado, al aplicar el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil y considerar inscribible la “decisión” californiana, confiriéndole “fuerza en España”, fundamenta la cuestión en los siguientes aspectos:

1.- Que se haya garantizado (como fue el caso) la autenticidad del título extranjero inscribible.

2.- En segundo lugar, que exista una equivalencia de autoridades entre ambos Estados, siendo homólogas las funciones de la Autoridad que emitió la decisión, con el encargado del Registro Civil español.

3.- en tercer lugar, que exista un ajuste del impacto legal de la decisión extranjera en el orden público español, cuestión que también se cumple, puesto que la autoridad californiana aplicó el Derecho del Estado para acreditar el nacimiento de los menores.

A tal fin, la Dirección General de los Registros y del Notariado parte de analizar minuciosamente el encaje de la certificación registral californiana, observando para ello que:

a) Los principios jurídicos en materia de filiación en Derecho español amparan la filiación a favor de dos hombres, por lo que la situación jurídica certificada no se opone a la legislación española.

b) El interés superior del menor prácticamente obliga a la inscripción en el Registro civil español, ya que lo contrario supondría aplicar unas consecuencias legales negativas a los menores, derivadas de los actos paternos. Así, la no inscripción en España supondría, sin más, la negación a los menores de su estado civil; en segundo lugar, supondría vulnerar el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño, que dispone que toda medida que adopten en relación a los niños las instituciones de bienestar social, los tribunales, las

autoridades administrativas o los órganos legislativos, deberán observar una consideración primordial respecto del interés superior del niño, con el compromiso de los estados parte a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas, debiendo asimismo garantizar los estados firmantes de la Convención que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. En tal sentido, se estaría privando a los menores de la afiliación respecto de quienes desde antes incluso de la concepción han mostrado un interés más directo en su nacimiento y cuidado (amparándose con ello plenamente la paternidad social o de deseo); y asimismo, la no inscripción en España comportaría también la vulneración del artículo 3 CDN, por cuanto se obligaría a los menores a no poder contar con una identidad única en todo el Mundo.

c) La situación jurídica relativa a la filiación de los menores se ha generado legalmente bajo un ordenamiento jurídico y una sociedad extranjeros: evidentemente, no cabría dar cobertura jurídica a un contrato de gestación por sustitución en España, al estar claramente prohibido por nuestra legislación. Ahora bien: la filiación estadounidense de ambos menores es la última consecuencia del contrato de gestación por sustitución y la “decisión” californiana (el Certificado de nacimiento de ambos menores) no es más que la consecuencia de la gestación por sustitución y la certificación de nacimiento conforme al derecho californiano no vulnera el orden público español, al encajar plenamente con el principio del interés superior del menor. Se ve aplicada, pues la tesis del Derecho internacional privado del orden público internacional atenuado, debiendo ser atenuado el orden público español en relación con la filiación cuya inscripción se solicitó.

4.- En cuarto lugar, que se lleve a cabo un control de la competencia de la autoridad extranjera, reconociéndose la competencia cuando sea homologable con la autoridad española.

Y 5.- Que se constate que se ha permitido el derecho de defensa de los implicados en el país en que se haya llevado a cabo la inscripción registral inicial.

Visto lo anterior, es necesario advertir que es necesario contemplar con la debida cautela el contenido de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 18 de febrero de 2009, pues la misma no comporta la creación de ningún tipo de puerta falsa hacia la admisión indiscriminada de la inscripción de filiaciones provenientes del extranjero, mediante un proceso de maternidad subrogada.

En primer lugar, como se ha puesto de relieve, la Dirección General de los Registros y del Notariado no emite la Resolución del recurso planteado por ambos progenitores, sin más. Es decir, analiza pormenorizadamente el título cuya inscripción se pretende y, en términos generales, concluye constatando que el sistema californiano de filiación es homólogo con el español, aunque no sea así con respecto de la admisión del contrato de maternidad subrogada.

En segundo lugar, es posible que no todos los países que permiten la gestación por sustitución, con el contrato previo pertinente, tengan un sistema jurídico homologado ni homologable con el español, tanto en sus principios básicos, como en su contenido sustantivo, quedando claro que, de los países que permiten la gestación por sustitución, no todos cuentan con un ordenamiento jurídico que pueda entenderse homologable al nuestro.

En tercer lugar, tampoco existe fraude de ley internacional, ya que la actitud de los interesados no ha pretendido alterar el sentido normal de ninguna norma de conflicto, ni han generado una falsa o aparente vinculación de los menores con Estados Unidos ni tampoco existe manipulación de la conexión que pueda llevar a afirmar que exista, por tanto, norma de cobertura y norma defraudada en ningún caso.

En cuarto lugar, no cabe hacer mención en ningún caso de un posible supuesto de *forum shopping* por parte de los interesados, o lo que es lo mismo, que los progenitores hubieran acudido ante los tribunales o autoridades de un estado sin relación sustancial con el asunto planteado, intentando que les fuera aplicable la legislación más favorable a su supuesto particular. La Dirección General de los Registros y del Notariado argumenta la

cuestión en torno a tres temas: el primero, relativo a que la certificación de nacimiento cuya inscripción se planteaba no constituía valor de cosa juzgada, haciéndose posible que una vez inscrito en España, se pudiera interponer recurso contra dicha inscripción para su posterior rectificación (artículo 92 de la Ley del Registro Civil). Este aspecto, por desgracia, es el que en la actualidad plantea más problemas, como seguidamente se analizará.

El segundo argumento consiste en afirmar que no concurre en este supuesto un caso de *bad forum shopping*, o lo que es lo mismo, que en ningún caso se ha pretendido amparar la cuestión con el foro más beneficioso para los interesados, sino que se acudió al realmente más inmediato para ellos y sus hijos.

Y, el tercero, que aun dando por válida la eventual existencia de un caso de *bad forum shopping*, por encima de la sanción a los particulares deberá primar, en todo caso, el interés superior de los menores, ya que “*el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones*”.

En resumen: la responsable de la Resolución de 18 de febrero de 2009, la Directora General D^a Pilar Blanco Morales-Limones, da una lección claramente magistral de la aplicación del Derecho internacional privado, conjugando aspectos de Derecho del Registro civil español y haciendo girar la Resolución en torno a un instrumento internacional como la Convención de Derechos del Niño, de 1989, en cuanto a la invocación constante al interés superior del menor, que en este caso preside claramente el contenido de la Resolución.

Por otro lado, la Resolución afronta sin temor de ningún tipo la solución a un tema que recurrentemente se viene planteando en España, respecto de parejas que obtienen filiación fuera de nuestras fronteras, mediante el procedimiento de gestación por sustitución. No se han podido obtener estadísticas para la realización de este estudio, relativas a cuántas personas o parejas han recurrido al sistema de maternidad subrogada en

España, pero lo cierto es que actualmente son muchos los casos que se van conociendo y, en particular, de parejas formadas por hombres, o bien por hombres en solitario.

De haberse mantenido el simple criterio del Cónsul Inocencio Arias, al negar en su Auto la inscripción del nacimiento, los niños habrían quedado situados en una especie de “limbo” jurídico precisamente con respecto a su país de nacionalidad (España), pero una vez más nos tendríamos que ver enfrentados a una vulneración de derechos fundamentales, derivados del principio de igualdad entre las personas: en este caso, se hablaba de dos hombres. ¿Por qué dos mujeres no habrían tenido este problema? ¿Por qué a una mujer sola de avanzada edad no se le plantean problemas cuando incluso fue público y notorio que había “*sido madre*” de dos hijas a través de un vientre de alquiler en California?

La gestación por sustitución no cesará en el futuro, mientras las personas puedan contar con recursos económicos suficientes para desarrollarla en países extranjeros. Ahora bien: una vez más deberemos preguntarnos si el interés superior de los menores podrá quedar vulnerado, cuando éstos vean denegada la inscripción de su nacimiento en el Consulado español correspondiente: como se ha expuesto ya, no todos los Estados tienen una homologación de su sistema jurídico con España, ni tampoco las garantías jurídicas son idénticas con las españolas, tal como sí ocurrió en el supuesto resuelto por la Resolución de 18 de febrero de 2009. Por lo tanto, mientras no se lleve a cabo una regulación integral de la cuestión en España, la inseguridad jurídica continuará generando una incertidumbre totalmente indeseable, dado que el interés en juego no será el de los padres, sino el de los hijos menores, recién nacidos.

Pues bien, en España este proceso de encuentros y desencuentros arranca tal como se expone de una primera resolución, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, que resolvió en un sentido afirmativo o positivo al señalado anteriormente, en interés del niño.

3.3.3.4. La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Tal como ya se ha manifestado, la realidad social y las posibilidades de que personas que no puedan tener hijos accedan a la paternidad o a la maternidad por medio de la aplicación de la maternidad subrogada en el extranjero, en países en que el proceso está legalizado y permitido, ha hecho que a fecha de hoy se sepa oficiosamente que hay miles de niños nacidos por esta técnica, hijos e hijas de personas españolas. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se ha estudiado en el anterior apartado se aplicó a un caso concreto, por lo que hecho constatado por la Dirección General, de que varios Cónsules de España, en ejercicio de sus competencias en materia de Encargados de Registro Civil, iban calificando negativamente las inscripciones de nacimiento de *“niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna”* y ante el riesgo de inseguridad jurídica que se podría originar con todo ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado emitió con fecha 5 de octubre de 2010 una Instrucción⁵⁶⁸, que pretendió regular el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁵⁶⁹.

La Dirección General partió en su Instrucción de la constatación de que si bien la Resolución de 8 de febrero de 2009 ya brindaba una solución al caso concreto de la pareja de padres valencianos, la misma había sido impugnada ante la Jurisdicción civil por parte del Ministerio Fiscal, por lo que desde la Dirección General se entendió conveniente trazar una línea de actuación a los diferentes Encargados de los Registros Consulares, a la hora de

⁵⁶⁸ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO nº 243, de 7 de octubre de 2010, Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dd 5 octubre de 2010, en goo.gl/IDhQ1Y, a 22/05/2017.

⁵⁶⁹ Salvador Gutiérrez, Susana: *Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución*. En El Derecho.com, goo.gl/uS6mu4content, a 24/03/2017.

inscribir los nacimientos de niños por maternidad subrogada, hijos de ciudadanos españoles, en el extranjero.

La base de esta Instrucción se encontraba en la intención de dotar con plenitud la protección jurídica del interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, abordando cuatro cuestiones básicas:

1.- Los instrumentos para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español, cuando uno de los progenitores tuviera nacionalidad española.

2.- Que la inscripción de nacimiento no pudiera en ningún caso amparar ningún tipo de aparente legalidad de posible tráfico internacional de menores.

3.- La exigencia de que no se vulnere el derecho del menor al conocimiento de su origen biológico, de conformidad con el artículo 7.1 de la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y del artículo 12 de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999. En este caso, tal como ya se ha apuntado,

4.- La Instrucción pretendió también la valoración de los intereses de las mujeres gestantes, las cuales renuncian a sus derechos como madres del nacido.

El mecanismo que estableció la Instrucción ordenaba que la inscripción del nacido por técnicas de gestación por sustitución en el extranjero obligase en primer lugar a presentar al Encargado consular una resolución judicial dictada por tribunal competente en el país de nacimiento del menor, que garantizaría que se habrían cumplido los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país correspondiente y que los derechos del nacido y de la gestante quedasen debidamente protegidos, controlando con ello el debido consentimiento de la gestante, la inexistencia en tal sentido de violencia, engaño o coacción y que asimismo no existió simulación que pudiera encubrir el tráfico ilegal de menores. Esta exigencia de presentación de título judicial previa se fundamentó en la Instrucción precisamente en el hecho de que mismo artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida requiere como mecanismo procesal de determinación de la

filiación paterna la existencia de una resolución judicial, ante casos de maternidad subrogada.

La resolución judicial extranjera tendría que haber sido dictada en un procedimiento equiparable en España a los regulados para la jurisdicción voluntaria, dada la doctrina del Tribunal Supremo, respecto de que las resoluciones dictadas en expedientes de jurisdicción voluntaria quedaban al margen del procedimiento de Exequatur, regulado por los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, por lo que si la resolución judicial provenía de un procedimiento judicial extranjero de carácter contencioso, la parte tendría la obligación de acudir a un procedimiento de Exequatur, previo a la inscripción en el Registro civil.

Por último, la Instrucción remarca con claridad que no será admisible como título válido para la inscripción del nacimiento y determinación de la filiación una certificación registral extranjera, o bien la mera declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en que no conste la identidad de la mujer gestante. La tarea del Encargado del Registro Civil consistiría, por tanto, en realizar un mero control incidental previo a la inscripción al objeto de constatar la regularidad y la autenticidad formal del documento, el interés superior del menor y la firmeza de la resolución dictada por la autoridad extranjera. Se aplicaría, pues, el método de “reconocimiento”, relativo a que la autoridad civil pública extranjera ha analizado los hechos y ha encontrado y aplicado una ley relativa al fondo del asunto resolviéndolo conforme a Derecho. Respecto de la Instrucción, la autoridad extranjera habría ya decidido cuál es la concreta filiación que corresponde atribuir al menor conforme a su legislación, por lo que nuestro Encargado del Registro Civil consular sólo valoraría si debe otorgar o no efectos jurídicos a la resolución extranjera que, así las cosas, gozaría de los efectos de la “cosa juzgada material”.

Las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado tienen un valor de reglamento y, en este caso, al tratarse de una norma que se encontraba directamente en contra de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se puede catalogar de reglamento *contra legem*, que sin duda alguna brindó una clara eficacia práctica desde el punto de vista de la justicia material,

sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante técnicas de gestación por sustitución. La intención de la Instrucción fue claramente de brindar una protección jurídica del menor que en otro caso no recibiría, así como en su propio interés superior, evitando que su no inscripción, o bien la inscripción conforme a datos no totalmente ciertos (dado que se vería atribuida su filiación a la gestante, en el mejor de los casos y no a quien se haría cargo efectivo del menor) evitase que el menor quedase en un peligroso e injusto limbo jurídico.

En todo caso y durante casi cuatro años, la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero mediante un contrato de gestación por sustitución previo, determinando la filiación a favor de uno o de dos personas españolas desde la inscripción inicial en el Registro Civil consular correspondiente se vio claramente facilitada y de esta forma un sinnúmero de niños vieron su filiación determinada con facilidad a favor de los padres comitentes, siempre que hubiera existido una resolución judicial extranjera que así lo determinase, en los términos exigidos por la Instrucción. No obstante y como se advertirá en el siguiente apartado, esta normalización que se había obtenido con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 quedó quebrada por el Tribunal Supremo, a través de la continuación iniciada por el Ministerio Fiscal contra la inscripción de la filiación a favor de los padres valencianos que motivó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, antes analizada.

3.3.3.5. La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, la incidencia de los Casos *Menesson y Labasse c. Francia* en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 26 de junio de 2014, y el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015.

Tal como se apuntó anteriormente, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009, resolvió el recurso gubernativo interpuesto por dos comitentes valencianos, contra el Auto de calificación del Cónsul de España en Los Ángeles, otorgando a los recurrentes la filiación de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada en Estados Unidos. No obstante, el Ministerio Fiscal

interpuso a su vez ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia la correspondiente demanda de nulidad de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con la evidente oposición de los padres varones de los menores, dictándose sentencia estimatoria en primera y segunda instancia, por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial de Valencia, interponiéndose recurso de casación contra la segunda sentencia, ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. A su vez, la Sala de lo Civil desestimó el recurso, mediante Sentencia de 6 de febrero de 2014⁵⁷⁰, volviendo a pronunciarse sobre el asunto, mediante Auto de 2 de febrero de 2015⁵⁷¹, por el que se resolvía el incidente de nulidad contra la Sentencia inicial, interpuesto también por la pareja comitente.

El supuesto inicial partía del matrimonio de dos hombres, casados el 30 de octubre de 2005 en Valencia, que tras un proceso de gestación por subrogación y el nacimiento de sus dos hijos en San Diego (California, Estados Unidos), obtuvieron que en los certificados de nacimiento de los niños figurasen ambos cónyuges como progenitores de los niños. El certificado de nacimiento estadounidense fue presentado ante el Registro consular español y por Auto del Cónsul encargado, Inocencio Arias, que calificó negativamente la inscripción por entender que su contenido vulneraba el orden público español, al tratarse de unos nacimientos que provenían de una gestación por sustitución y ello estar vulnerando lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Ante el recurso gubernativo interpuesto por los padres comitentes contra el Auto del Consulado, la Resolución antes analizada, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009, entendió título válido y suficiente la certificación de nacimiento extranjera, en que se determinaba la filiación a favor de los comitentes recurrentes, defendiendo que el control de legalidad que exige el artículo 23 del Reglamento del Registro Civil, respecto de dichas certificaciones extranjeras, debe abarcar la comprobación de que se trate de documento público autorizado por autoridad extranjera competente y que

⁵⁷⁰ Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247, Id Cendoj: 28079119912014100001

⁵⁷¹ Roj: ATS 335/2015 - ECLI:ES:TS:2015:335^a, Id Cendoj: 28079119912015200003

la certificación se hubiera emitido por autoridad registral que desempeñe funciones equivalentes a sus homólogas españolas. En definitiva, se entendía que el examen de si la solución jurídica dada es idéntica a la que habría alcanzado una autoridad registral española, no determinará la filiación conforme al Derecho español, sino que el encargado español del Registro civil se limitará a registrar una certificación ya determinada por autoridad competente extranjera. Asimismo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado determina que no existe vulneración del orden público internacional español, entendiendo que dado que es posible que dos padres varones pueden tener hijos adoptados y que a la vez la Ley (artículos 39 CE y 108.2 CC) no distingue entre si la naturaleza de la filiación es por adopción o natural, por lo que en este caso, los hijos también podrán tener dos padres varones.

La Resolución fue impugnada ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, que dictó Sentencia de 15 de septiembre de 2010, partiendo de que el convenio de gestación por sustitución es nulo en España, en virtud del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, siendo necesario tenerlo en cuenta, dado que los menores nacieron a través de una gestación por sustitución. Para el Juzgado, no deberían haberse tomado como base los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil, sino el 23 de la Ley del Registro Civil, que es de mayor rango jerárquico-normativo, exigiendo que *“no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”*. La conclusión llevará a que inexorablemente la filiación de los menores deba ser determinada por el parto y al estar prohibida la gestación por sustitución en España y dado que el encargado consular debe ajustarse al artículo 23 de la Ley del Registro Civil, deberá examinar la legalidad conforme a la Ley española del certificado que proviene de un registro extranjero. Asimismo, se determina que el encargado del Registro civil deba examinar si la inscripción es conforme o no con la ley española, de forma que el examen obligue a determinar si la certificación es conforme o no con el Derecho español, en cuanto a que si el hecho certificado hubiera ocurrido en España, éste sería o no considerado legal, debiendo ser éste el contexto de análisis en que se deberá valorar la posible adecuación o vulneración del orden público internacional español.

Con posterioridad a la citada sentencia de primera instancia, fue dictada la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, antes objeto de comentario y que como se ha visto, exige un plus que no exigió la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado impugnada por el Ministerio Fiscal, dado que por ésta se dio por válida la inscripción de un certificado de nacimiento extranjero, mientras que a través de la Instrucción se obligaba a contar con una resolución judicial extranjera dictada en un proceso de jurisdicción voluntaria y no contenciosa (que en tal caso obligaría a seguir en España un procedimiento previo de Exequátur).

Y, mientras tanto, la pareja de padres valencianos interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, generándose con ello la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011⁵⁷², confirmatoria de la de primera instancia, basándose también en la mayor jerarquía del artículo 23 de la Ley del Registro Civil, frente a los artículos 81 u 85 del Reglamento, entendiendo que desde el orden público internacional español, existen importantes obstáculos a la inscripción en Registro civil español de la filiación pretendida, aun sin exigir, como preconiza este método, que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español. Estos obstáculos radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español (tal como prescriben para sus respectivos ámbitos los artículos 954-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 y el artículo 23 de la ley de Adopción Internacional y 34-1 del Reglamento 44/2001), considerando la Audiencia Provincial de Valencia que *Incluso puede considerarse al artículo 10 de la ley 14/2006 como una norma de policía, en el sentido del artículo 9-1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: "una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, basta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación "*.

⁵⁷² Roj: SAP V 5738/2011 - ECLI:ES:APV:2011:5738 Id Cendoj: 46250370102011100707, F.J. 2º.

3.3.3.5.1. *La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014*

Los padres comitentes valencianos interpusieron a su vez recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, contando una vez más con la impugnación del Ministerio Fiscal, pese a que como se ha indicado anteriormente, no se pronunció inicialmente ante la calificación consular. Una vez tramitado el recurso de casación, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó sentencia desestimatoria del recurso, de 6 de febrero de 2014⁵⁷³. La raíz del razonamiento jurídico de la sentencia del Tribunal Supremo parte del mismo principio que las anteriores, en el sentido de que *la "legalidad conforme a la Ley española" de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el artículo 23 de la Ley del Registro Civil, sí bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación)*. En cuanto a los fines que persigue el artículo 23 de la Ley del Registro Civil, este orden público español, sin embargo tiene unos límites que, en lo que aquí interesa, vienen constituidos por el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

A los efectos de que la inscripción de un nacimiento que provenga de una gestación por sustitución y del análisis de que esta inscripción sea valorada en cuanto a si contraría o no el orden público español, el Tribunal Supremo parte de considerar que el contrato de

⁵⁷³ Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247, Id Cendoj: 28079119912014100001

gestación por sustitución es *“incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”*, dado que también quebranta *la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población. Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (artículo 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (artículo, 10.1 de la Constitución)entendiendo que debe primar el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. Con ello el Tribunal Supremo compactó en su Sentencia los criterios doctrinales contrarios a la validez de los contratos de gestación por sustitución.*

Siguiendo por ello el argumento crítico de Antonio J. Vela Sánchez⁵⁷⁴, se puede convenir que basar la construcción de la sentencia en la dignidad humana, en relación a la mujer gestante o bien incluso al hijo gestado deja al margen otro de los valores que en teoría se ha de asegurar a través de un contrato de gestación por sustitución, como son la protección del matrimonio o de la familia, sobre todo desde la óptica tradicional de núcleo

⁵⁷⁴ Vela Sánchez, Antonio J.: *A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*, Diario La ley, nº 8279, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2014, año XXXV, Editorial La Ley.

de reproducción, que en virtud del artículo 39 CE merece también sus garantías correspondientes. También resulta discutible poder hacer mención a una cosificación o mercantilización del niño nacido, pues no es éste el objeto del contrato, sino que el objeto es la capacidad procreativa de la mujer, que a su vez tiene derecho a disponer con libertad de su cuerpo, que facilita a los padres de intención la posibilidad de tener un hijo y que por medios propios no pueden tener, habiendo autores en este punto que incluso van mucho más allá, al admitir una situación de libre comercio y del aprovechamiento de la capacidad reproductora de la gestante que, en definitiva, arrienda su útero, su correspondiente valoración económica y de la inexistencia de permitir que el contrato de gestación por sustitución fuera oneroso, en aras al dinamismo del Derecho y de su necesaria adaptación a la realidad social y del seguro interés de la pareja comitente en incentivar la entrega de un hijo sano⁵⁷⁵.

Precisamente en esta última línea se desarrolla el voto particular de la sentencia que *“a) supone que el contrato de gestación subrogada a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica.”*

En este sentido y a pesar de la apariencia de absoluta negación de la gestación subrogada, la sentencia de 6 de febrero de 2014 incurre en una autocontradicción, admitiendo que sí deberían salvaguardarse algunas cuestiones, como por ejemplo, *“que el*

⁵⁷⁵ Bullard Gonzales, Alfredo: *Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientres, las madres sustitutas y el derecho contractual*, Revista de la Asociación Ius Et Veritas, nº 10, julio de 1995.

consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna considerandos introductorios y artículo 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993)”, admitiendo como algo claramente evidente que “También responden a esta preocupación las leyes que en los diversos países regulan las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la gestación por sustitución”, constatando también que “las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural”

No obstante, si bien la sentencia de 6 de febrero de 2014 reconoce lo anterior, también sitúa la gran barrera a la cuestión en que *la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina, pues a criterio del Tribunal Supremo, el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida no sólo declara la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, sino que determina la filiación materna a través del parto, dejando a salvo la acción de reclamación de paternidad, con respecto del padre biológico, sin olvidar que “La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial,*

fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución”, por lo que la sentencia contradice el planteamiento de los comitentes, relativo a que la certificación de nacimiento estadounidense que se pretendía inscribir en el Registro Consular español supondría admitir la inscripción de la consecuencia periférica del contrato de gestación subrogada, que es el nacimiento del menor.

Ahora bien: este criterio rígido que llevó al Tribunal Supremo a basarse en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 1957 no podrá ser en adelante el cimiento de esta construcción argumental del Tribunal: la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, determina en su artículo 98.2 que en el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley, por lo que en los casos similares al del matrimonio valenciano, en que la certificación registral norteamericana es reflejo de una resolución judicial previa, el encargado del Registro civil español se deberá limitar a inscribir el contenido de la resolución extranjera en el Registro español, que en casos como éste, derivarían de un contrato de gestación por sustitución y, en consecuencia, no afectaría a la inscripción en España el contenido del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En este sentido, será imprescindible considerar el contenido del artículo 96 de la Ley del Registro Civil, que regula el acceso al Registro de las resoluciones judiciales extranjeras, expresando que sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas, pudiendo instarse la inscripción de estas resoluciones judiciales previa tramitación del procedimiento de exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil y asimismo, el encargado del Registro deberá verificar la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados, que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados

en la legislación española, que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento y que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. Por ello, sólo cabría obstar por parte del Encargado del Registro español que el nacimiento es incompatible con el orden público español. En todo caso y, como bien apunta Vela Sánchez, “este convenio de gestación por encargo no es contrario a la dignidad de la mujer gestante ni a la del hijo así nacido, por lo que no sería contrario a nuestro orden público, sin olvidar la legalización del matrimonio homosexual, la posibilidad de adopción de hijos por parte de dos varones homosexuales y, como señala el voto particular formulado contra la sentencia comentada, «la tendencia en el derecho comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos... (Así) el informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución, en el que lejos de rechazarlo trata de uniformar los acuerdos internacionales y de procurar una regulación internacional que dé respuesta a una realidad social evidente, propiciada por el aumento de los casos».⁵⁷⁶

En todo caso, es evidente que el criterio doctrinal en este sentido no es ni mucho menos unánime, encontrando autores como Albert Márquez, para el que la gestación de sustitución sigue implicando una violación de nuestro orden público, que nada tiene que ver con el sexo de los contratantes, sino con la dignidad y el respeto debido a la contratada, entendiendo que esa misma dignidad y respeto constituyen bienes indisponibles en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁷⁷. En contraposición se encontraría a Álvarez González, que considera que “no se ve afectada la dignidad de quien libre y voluntariamente pide a una mujer que lleve en su vientre a quien en el futuro habrá de ser su hijo, ni de la mujer que libre y voluntariamente acepta esa petición. No veo cómo se puede ver la dignidad del nacido: ¿alguien puede seriamente defender que la dignidad de los nacidos mediante

⁵⁷⁶ Vela Sánchez, Antonio J, op. Cit, página 7.

⁵⁷⁷ Albert Márquez, M.: Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil, Diario La Ley nº 7863, 22 de mayo de 2012, página 4.

gestación por sustitución está afectada de modo distinto que la de los nacidos mediante fecundación in vitro, mediante inseminación artificial...?”⁵⁷⁸

En un primer término (y así también argumentó su recurso de casación el matrimonio de comitentes valencianos), el principio esencial en juego es el del interés superior del menor, que viene contemplado tanto en nuestro Derecho interno, como en los tratados internacionales suscritos por España, como la Convención de Derechos del Niño, en su artículo 3. No obstante, el Tribunal Supremo no considera en su Sentencia que el interés superior del menor sea suficiente para eludir la prohibición del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, para hacer posible la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, pues en todo caso el contrato de gestación por sustitución sería nulo. En este sentido, el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que no se puede entender absoluto, ni ilimitado. Para Vela Sánchez, “la satisfacción del interés superior del menor no puede conseguirse infringiendo o defraudando la ley imperativa española, máxime cuando nuestra propia legislación ofrece cauces para la inscripción de los menores a favor de los españoles interesados, en concreto, al mecanismo que consagra el mismo artículo 10.3º L.T.R.H.A, de la “posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales y a la institución jurídica de la adopción regulada en los arts. 175 y ss CC”⁵⁷⁹. La Sentencia de 6 de febrero de 2014 sigue este mismo criterio, yendo incluso más allá, al entender que el interés general del menor es *una cláusula general, susceptible de ponderación judicial*, si bien el Juez no estará autorizado para alcanzar en esta ponderación cualquier solución, sino haciendo uso de los principios inspiradores de la legislación del Estado y las convenciones internacionales, de forma que la interpretación de este interés general podrá utilizarse para cubrir lagunas o para aplicar la ley, pero no para infringirla, ya que lo contrario supondría que el Juez quedase desvinculado del sistema de fuentes del Derecho. De esta forma, el

⁵⁷⁸ Álvarez González, S.: Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en Borrás, Alegría; Forner Delaygua, Joaquim; González Beilfuss, Cristina y Viñas Farré, Ramón (coords.): Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum, Marcial Pons, Madrid, 2013, páginas. 83-84)

⁵⁷⁹ Vela Sánchez, Antonio J, op. Cit, página 7.

Tribunal Supremo orilla la alegación del matrimonio valenciano. En tal sentido, la Sentencia también manifiesta que *la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitirla determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él. La invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas, añadiendo en cuanto a la alegación de los recurrentes de que los menores tienen derecho a una identidad única (distinta y separada a la de la gestante), que lo argumentado constituye un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución.*

En contraposición con la base jurídica de la Sentencia, su Voto Particular, admite que *El interés del menor queda también afectado gravemente. A los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. La sentencia trata de evitarlo instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes "para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en su núcleo familiar “de facto””. Lo que se pretende es que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Se reitera la normativa que se cita y se recuerda que este interés del menor es superior y también de orden público y este principio no se defiende contra los niños sino a partir de una regulación que impida su conculcación. El derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público y “el carácter ilegal de*

una filiación no justifica ningún trato diferenciado” por parte de las autoridades públicas o instituciones privadas (STSJ de Madrid -Sala de lo Social- de 13 de marzo de 2013). Este interés se protege antes y después de la gestación. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, como la del caso italiano, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre 2003 –caso García Avello, y 14 de octubre de 2008– caso Grunkin-Paul).

Sentado lo anterior, la Sentencia de 6 de febrero de 2014, a pesar de su negativa prácticamente absoluta a aceptar la validez de un contrato de gestación por subrogación en España, así como a aceptar la inscripción de un nacimiento, previamente inscrito en el extranjero, fruto de una gestación subrogada, no cierra la puerta totalmente a que los comitentes puedan encontrar una solución que les permita determinar la filiación a favor de ambos progenitores de intención. Tal como la propia Sentencia recuerda como primera salida para los comitentes, el mismo artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su apartado tercero, deja a salvo la acción de reclamación de filiación, siempre que exista vínculo genético entre el niño y, al menos, uno de los comitentes, pese a que en su caso hubiera existido un contrato de gestación subrogada. Y en segundo lugar, la Sentencia también apunta que en aquellos casos en que la gestante haya renunciado expresamente a la filiación que por el parto le correspondería, según *la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitirle desarrollo y la protección de estos vínculos, debiendo así acudir a figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la*

adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar, por lo que según la Sentencia recuerda, las únicas soluciones alternativas a la inscripción directa del contenido de una certificación de nacimiento extranjera en un registro civil español, cuando el nacimiento provenga de una gestación por sustitución, serán los tres mencionados: la reclamación de filiación por vínculos genéticos (artículo 10.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), el acogimiento familiar, o bien la adopción.

En definitiva, en el caso de los comitentes valencianos, la solución que la Sentencia les brinda pasaría por que el que de ellos tuviera vínculo genético con sus hijos, reclamase la filiación por aplicación del artículo 10.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, debiendo el otro de los progenitores adoptar a los hijos biológicos de su esposo, por lo que en caso de que ninguno de ellos fuera progenitor biológico de los menores, deberían acudir al acogimiento familiar o a la adopción para legalizar su situación.

En cualquier caso y a pesar de que el criterio del Tribunal Supremo parece no haberse alterado desde que la Sentencia de 6 de febrero de 2014 fue dictada, debe tenerse muy presente que la misma fue dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil, provocando en su deliberación y fallo una situación curiosa en la que sólo cinco de los nueve Magistrados que componían la Sala estuvieron de acuerdo con el texto de la resolución, mientras que los cuatro restantes fueron discrepantes con este punto de vista. Todo ello supuso una situación de división de criterio en la Sala de lo Civil, que evidentemente provocará en el futuro nuevos pronunciamientos que posiblemente sorprendan al adoptar puntos de vista diferentes al mantenido en este caso. Pero lo cierto es que la solución que alcanzó el Tribunal Supremo fue claramente insuficiente y, como advierte Eleonora Lamm⁵⁸⁰, se plantean varias cuestiones delicadas: no reconoce directamente la filiación a favor de ambos padres, obligando a acudir a la adopción, cuestión que para la autora constituye una

⁵⁸⁰ Lamm, Eleonora: *Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto*, *Arz. Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre de 2014, páginas. 43-50, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, páginas 45 y 46

solución absurda, más aún si en el caso de unos progenitores heterosexuales, la aportación de gametos fuera conjunta.

3.3.3.5.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 26 de junio de 2014, Casos Mennesson y Labasse c. Francia

Cinco meses después de que el Tribunal Supremo español dictase la Sentencia de 6 de febrero de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo condenaba a la República Francesa en su Sentencia de 26 de junio de 2014, como consecuencia de una práctica que consideró vulneratoria del derecho a la vida privada de los menores, como consecuencia de la tramitación de los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia).

Ambos supuestos planteados al T.E.D.H.E. se basan en sendos procesos de reproducción mediante gestación por sustitución de dos matrimonios franceses que desarrollaron el proceso en Estados Unidos, con gestantes estadounidenses. Del primero de los casos (Mennesson), nacieron dos niñas gemelas en California; en el segundo caso (Labasse), una niña nacida en Minnesota. De conformidad con las legislaciones de ambos Estados, la filiación de las niñas se atribuía a los padres comitentes. Con posterioridad y tras diversas resoluciones judiciales francesas, la *Court de Cassation* francesa denegó las peticiones de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencias que los recurrentes solicitaban, con el argumento de que la gestación por sustitución supone una infracción del orden público francés, conforme al artículo 16-9 del Código Civil francés. Finalmente, ambos matrimonios recurrieron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, invocando el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al entender vulnerado el derecho al respeto a la vida y familiar, por el perjuicio que para el interés superior del menor se deriva del hecho de no poder obtener en Francia que se reconociera la filiación que sí estaba legalmente reconocida en un país extranjero.

En ambos supuestos, los recurrentes consideraron que se estaba vulnerando a los menores su derecho a la vida privada y a la vida familiar, ante la imposibilidad del

reconocimiento por parte de Francia de la atribución de la filiación a favor de los comitentes. En tal sentido, el T.E.D.H.E. y con respecto del derecho a la vida familiar, recuerda que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos presupone que existe una familia que podrá basarse en vínculos de facto, siendo lo realmente importante la realidad concreta de la relación de los interesados, cumpliéndose en ambos supuestos planteados al Tribunal.

Por lo que respecta al derecho a la vida privada, el Tribunal recuerda también que uno de los elementos que lo integran es el derecho a la identidad, de forma que resulta básico que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, existiendo en ambos casos una relación directa entre la vida privada de las tres menores, nacidas de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación.

Ambos recursos plantearon al Tribunal que la imposibilidad de reconocimiento del vínculo familiar por parte de la República Francesa, ello suponía una injerencia en su derecho al respeto de la vida familiar, invocando entre otros, el Asunto Wagner y J.M.W.C., c. Luxemburgo y Negropontis-Giannisis c. Grecia. La injerencia está justificada, si ello queda previsto por la Ley y si con ello se está cubriendo una necesidad social imperiosa y proporcional al fin legítimo perseguido. En tal sentido, la Sentencia considera que la injerencia de los poderes públicos franceses queda prevista en la Ley y es previsible para los comitentes. En cuanto a los fines, la Sentencia los considera legítimos, al basarse en la protección de la salud y protección de derechos y libertades individuales y asimismo, el hecho de que Francia no reconociera el vínculo de filiación entre comitentes e hijos nacidos en el extranjero por gestación por sustitución persigue la protección del menor y de la gestante.

En tal sentido, la Sentencia valora que el criterio de lo que es “necesario en una sociedad democrática” es muy amplio cuando no existe consenso respecto de un determinado interés en juego y de cómo ha de protegerse, si además de todo ello derivan cuestiones morales o éticas y por ello, si se hace referencia a la identidad del individuo, el margen de discrecionalidad de los Estados se restringe. Así, los casos planteados al Tribunal advierten que no existe regulación de los contratos de gestación subrogada y a la

vez esta falta de regulación (e incluso de prohibición) colisiona directamente con un aspecto esencial de la identidad del individuo, que afecta a la filiación. Las Sentencias añaden que es necesaria la búsqueda de un equilibrio entre los Estados y los individuos afectados directamente, siendo por ello necesario tomar en consideración el principio esencial del interés superior del menor, que lleva a que cada vez que se encuentre en juego la situación de un niño, será el interés superior del menor el que deba prevalecer.

Con ello, el Tribunal concluye respecto del derecho de los demandantes a su vida familiar que la negativa estatal a inscribir el nacimiento de las menores y de su determinación de filiación resultantes no impide el establecimiento de una vida familiar, pese a las consecuencias negativas que para el día a día pudiera comportar tal decisión.

Ahora bien: en cuanto al derecho a la vida privada de los menores, el Tribunal advierte que *“el respeto de la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de la identidad del ser humano, algo que incluye su filiación, un aspecto esencial de la identidad del individuo está en juego desde el momento en que afecta a la filiación”*, por lo que al denegar el reconocimiento de una sentencia extranjera, se está admitiendo una filiación que se determina por un país extranjero y paradójicamente se veda la condición de hijos en Francia, con las consecuencias negativas que ello implica (nacionalidad, efectos sucesorios, responsabilidad parental). Por ello, el T.E.D.H.E. concluye que esta contradicción y los obstáculos resultantes atentan contra la identidad de las personas y hace que Francia, al denegar la inscripción de la filiación de las menores nacidas en Estados Unidos por medio de un contrato de gestación subrogada, haya sobrepasado el margen de apreciación que le permite el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que se ve así infringido por estos hechos, condenando también a la República Francesa a indemnizar a cada una de las niñas afectadas por ambos recursos en la cantidad de cinco mil euros por daños morales.

Por lo que al caso de España se refiere, es evidente que el contenido de la Sentencia de 26 de junio de 2014 afecta directamente a la situación española, ya que tal como se ha

analizado en los apartados precedentes, así como el próximo, el Estado español mantiene la misma posición que Francia, en los casos analizados por el T.E.D.H.E.⁵⁸¹

Cabe advertir también que la senda abierta por el T.E.D.H.E. en la Sentencia de 26 de junio de 2014 ha tenido continuidad jurisprudencial, ya que con fecha 27 de enero de 2015 fue dictada la Sentencia del asunto Paradiso y Campanelli c. Italia, que condena a la República Italiana por violación del derecho a la vida privada y familiar en una situación derivada de una gestación por sustitución en el extranjero no reconocida en Italia, pero lo hace en relación con una actuación de las autoridades italianas distinta del supuesto de la que deriva la STS de 6 de febrero de 2014 y el comentado ATS de 2 de febrero de 2015 que la confirma. Esta Sentencia Paradiso y Campanelli c. Italia, argumenta que la excepción de orden público vinculada a la prohibición de la gestación por subrogación en el ordenamiento jurídico italiano no ha de prevalecer sobre el principio del interés superior del niño⁵⁸². La diferencia en el caso italiano estriba en que Italia separó al menor de los comitentes parte en el contrato de subrogación suscrito en un país que sí lo permitía: Rusia.

3.3.3.5.3. Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015

La última estación que, por el momento, debe analizarse en el camino de la gestación subrogada en España, se encuentra en el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015. Esta resolución resolvió el incidente de nulidad interpuesto por los comitentes valencianos que fueron parte en el recurso de Casación resuelto por la Sentencia de 6 de febrero de 2014, analizada con anterioridad.

El incidente excepcional de nulidad interpuesto por los comitentes valencianos basó su argumento en la infracción de los derechos fundamentales: 1) A la tutela judicial

⁵⁸¹ Casado, María: *De la solidaridad, al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico*. Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona. Barcelona, 2017. Páginas. 210-222.

⁵⁸² Casado, María: *De la solidaridad, al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico*. Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona. Barcelona, 2017. Páginas. 219-221.

efectiva (artículo 24 de la Constitución), como consecuencia de infracción de normas sobre prueba y carga de la prueba, al partir de la existencia de hechos y circunstancias no probados, desviándose el debate judicial desde una cuestión registral civil a otra diferente sobre las consecuencias de la ilicitud en España, de la gestación por sustitución; 2) Vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores, en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento, como de los padres, respecto a la no discriminación por razón de su orientación sexual; y 3) Vulneración del derecho a la intimidad familiar, respecto del derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida.

Como se ha expuesto anteriormente, con posterioridad a la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, fue dictada la Sentencia del T.E.D.H.E. antes analizada y que condujo a que la Dirección General de los Registros y del Notariado emitió informe de 11 de julio de 2014, respecto de la regulación de la inscripción de la filiación de los nacidos en el extranjero, mediante gestación por sustitución que estableció que *en el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación de los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, constituya un obstáculo para ello.*

En este sentido, cabe advertir que si bien se reanudó la inscripción de menores nacidos en el extranjero mediante contratos de gestación subrogada, el Instituto Nacional de la Seguridad Social deniega sistemáticamente todo tipo de ayuda por maternidad a los comitentes, existiendo actualmente un sinnúmero de sentencias dictadas por Juzgados de lo Social y también por Tribunales Superiores de Justicia, condenatorias del I.N.S.S., al que se obliga de esta forma a conceder la prestación por maternidad a los comitentes.

El Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, que resolvió el incidente de nulidad citado, confirma lo dicho en su anterior sentencia de 6 de febrero de 2014, considerando que la negativa española a la inscripción del nacimiento de menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución no vulnera ninguno de los derechos que

fundamentan el incidente de nulidad: ni el derecho a la tutela judicial efectiva, ni el derecho a la igualdad, ni el derecho a la intimidad familiar. Asimismo, el Auto utiliza los argumentos jurídicos trazados por la Sentencia del T.E.D.H.E., de 26 de junio de 2014, dado que respetan el derecho a la vida privada de los menores y a la determinación de su identidad, conforme a la interpretación dada del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin causar perjuicios concretos a la identidad de los hijos así concebidos y nacidos, de forma que los *“menores no pueden cargar con las consecuencias negativas derivadas de que los recurrentes hayan acudido al contrato de gestación por subrogación, considerado radicalmente nulo por el ordenamiento jurídico español”*

Tal como se ha podido observar en el análisis de la Sentencia del T.E.D.H.E., de 26 de junio de 2014, en ningún momento se establece que el posible contrato de gestación por sustitución sea contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero sin embargo sí limita la eventualidad de entender contrario al orden público interno el reconocimiento de la filiación determinada en un país extranjero por sentencia judicial, incluso en el caso de que derive de un contrato de gestación por sustitución, pues según el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se deben salvaguardar los derechos a la vida privada y familiar, así como a la identidad del niño nacido de una gestación por sustitución, en virtud del interés superior del menor. En este sentido, el Auto de 2 de febrero de 2015 advierte que las *sentencias del Tribunal de Estrasburgo, reconociendo que la filiación es un aspecto esencial de la identidad del individuo, no establecen que, a priori y en todo caso, cualquier decisión que afecte a la filiación de los menores suponga una violación de su derecho a la vida privada. Afirman las sentencias (párrafo 63 de la sentencia del caso Labassee y 84 de la del caso Mennesson) que el juez nacional, al aplicar la excepción del orden público internacional, debe procurar un equilibrio justo entre el interés de la comunidad en lograr que sus miembros cumplan con la elección efectuada democráticamente en su seno y el interés de los demandantes, incluido el interés superior del niño, para disfrutar plenamente de sus derechos al respeto de su vida privada y familiar*

El Auto considera que la Sentencia cuya nulidad se solicitaba no infringía ninguno de los derechos fundamentales invocados por los promotores del incidente. En primer lugar, el Tribunal Supremo entiende no vulnerada la tutela judicial efectiva de los comitentes, considerando que el Tribunal cumplió cuidadosamente con el derecho fundamental, al no haber resuelto una cuestión litigiosa de modo diferente al pretendido por las partes conforme a la ley aplicable que no puede ser modificada más que por el legislador y no por el tribunal que la aplica. En tal sentido, según el Auto el Tribunal actuó adecuadamente, dado que *razonó que era preciso valorar la legalidad conforme a la Ley española de los asientos extendidos en Registros extranjeros, por exigirlo así el artículo 23 de la Ley del Registro Civil, y con base en ello procedió a analizar la conformidad de la decisión de la autoridad extranjera, cuyo reconocimiento en España se pretendía, con las normas constitutivas del orden público internacional español en materia de filiación y reproducción asistida.*

En segundo lugar y en relación a la alegación de vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación, considerando que los menores se ven discriminados por razón de su nacimiento y vulnerándose con ello la interdicción de la discriminación de los hijos por razón de las diferencias de su filiación, el Tribunal Supremo desestimó esta denuncia, entendiendo que *no deriva la obligación de los poderes públicos de otorgar necesariamente el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que en ordenamientos extranjeros son reconocidas como tal filiación, pero que no lo son en el ordenamiento jurídico español, como es el caso de los comitentes en un contrato de gestación por sustitución respecto del niño nacido como consecuencia de tal gestación.* En este sentido, el Tribunal entiende que el Estado no está obligado a reconocer una filiación que provenga de una gestación subrogada, ya que *el legislador español goza de un cierto margen de libertad para atribuir el carácter de relación paternofilial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o maternidad biológicas. Si decide atribuir a una determinada relación el carácter de filiación (por ejemplo, la resultante de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida), entra en juego la exigencia de no discriminación por razón de la filiación deseada relación filial respecto de las demás relaciones filiales.* Y paralelamente, respecto de la alusión a que los

comitentes se ven discriminados frente a parejas heterosexuales o bien homosexuales de mujeres, el Tribunal lo desestima, pues *la razón de la decisión adoptada nada tiene que ver con el sexo u orientación sexual de los integrantes de la pareja, sino con las circunstancias de la gestación de los menores, con base en un contrato de gestación por sustitución. Como ya dijimos en la sentencia, la decisión habría sido la misma cualquiera que hubiera sido el sexo u orientación sexual de los comitentes* y además, el Auto añade que *el tribunal no ha seguido un criterio discriminatorio con base en la orientación sexual de los recurrentes queda constatado en la adopción de medidas dirigidas tanto a la protección del núcleo familiar que pueda existir, integrado por los menores y los recurrentes, como a dar cobertura y amparo legal a las relaciones establecidas de facto entre sus integrantes. Tal decisión no podría entenderse si hubiera existido, como se insinúa, una motivación espuria de discriminación por la orientación sexual de los recurrentes, prohibida por el ordenamiento jurídico.*

En tercer y último lugar, respecto de la alegación de nulidad de la Sentencia, por vulneración del derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 de la Constitución), entendida como derecho de la pareja comitente a la procreación médicamente asistida, también el Tribunal la desestima, ya que *todos los derechos, el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico, siempre, naturalmente, que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales ni, en general, al orden público internacional español, y respete las exigencias del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; la sentencia cuya nulidad se solicita acordó la adopción de las medidas pertinentes para otorgar la protección jurídica que haga posible la integración de los menores en su familia, para el caso de que efectivamente alguno de los recurrentes fuera progenitor biológico de los niños y, en todo caso, si existieran en este momento tales relaciones familiares de facto entre los recurrentes y los menores*

Paralelamente a la desestimación de la alegación de infracción de derechos fundamentales, el Tribunal Supremo intenta avanzarse a las alegaciones que los comitentes

podieran llevara a cabo en un posible recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, introduciendo en su texto justificaciones con las que se pretende acomodar el Auto de 2 de febrero de 2015 y, por extensión, la Sentencia de 6 de febrero de 2014, de la cual trae causa el primero. En primer lugar, el Auto considera válida la prohibición de inscripción del nacimiento de una filiación ocurrida en el extranjero a través de un contrato de gestación subrogada, por muy válido que pudiera ser en el país de origen del menor, ya que esta filiación no se puede reconocer en España, *al resultar contraria a las normas actualmente vigentes que integran el orden público internacional español, como son las que regulan la filiación y las normas esenciales sobre técnicas de reproducción humana asistida... La cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del menor, según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes porque el legislador ha entendido que es lo más adecuado para proteger el interés del menor, es la filiación biológica (cuyo reconocimiento como determinante de la filiación tiene una especial importancia para el interés del menor, como elemento esencial de su identidad, y así es destacado por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo), y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge, como por ejemplo los derivados de la adopción, en la que el interés del menor se controla protege por el juez que la constituye (artículo 176 del Código Civil)*

En segundo lugar, el Auto de 2 de febrero de 2015 se justifica también advirtiendo su respeto al derecho a la vida privada de los menores y a la determinación de su identidad, sin que ello pueda suponer una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La justificación del Tribunal pasa por afirmar que el derecho a la identidad de los menores se garantiza a través de la previsión del artículo 10.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que permite el reconocimiento de la verdad biológica con respecto del comitente que tuviera vinculación genética con sus hijos y también la formalización de relaciones que permitan crear un núcleo familiar de facto entre comitentes e hijos, llegando incluso a instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas correspondientes en este sentido de protección de los menores. Entiende también el Tribunal que el T.E.D.H.E. no dispone que la negativa a la inscripción en el Registro

Civil de los nacimientos procedentes de un contrato de gestación subrogada conculque el derecho a la vida privada de los menores, según el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino que *a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en el ordenamiento jurídico español. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor.* Por ello, el Tribunal Supremo acaba afirmando en su Auto que *cuantas molestias e inconvenientes para los recurrentes (y en menor medida para los niños, que por su corta edad no serán conscientes siquiera de la situación) puede suponer la situación provisional que se produzca por la sustitución de la filiación resultante de la transcripción de las actas de nacimiento de California por la filiación que resulte de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico español, no alcanzan una entidad suficiente como para considerar que se produce el desequilibrio vulnerador del derecho la vida privada de los niños, en su aspecto de fijación de una identidad determinada. Se trata de una situación temporal que puede tener una duración razonablemente breve (determinación de la filiación paterna respecto del progenitor biológico y adopción por el cónyuge), y el Estado de Derecho provee de suficientes medios para evitar perjuicios a los menores durante esta interinidad, siguiendo el criterio de protección del núcleo familiar de facto afirmado en la sentencia.*

Y, en tercer y último lugar, el Auto justifica que las soluciones alternativas que se brindan por la Sentencia de 6 de febrero de 2014 no comportan perjuicios concretos a la identidad de los menores, afirmando que *los promotores del incidente no exponen adecuadamente en qué perjudica a estos concretos menores que la determinación de su filiación se haga, en un plazo razonable, conforme a la normativa española, atendiendo a los criterios que la sociedad española, mediante la decisión adoptada por su parlamento,*

considera en este momento adecuados para que una relación de filiación quede determinada y merezca protección jurídica... No existe una situación de incertidumbre equiparable a la de los menores de los casos resueltos por el Tribunal de Estrasburgo, que se veían imposibilitados de por vida para ver reconocida su filiación por el ordenamiento jurídico nacional, con las consecuencias que ello traía respecto de la adquisición de la nacionalidad francesa y sus derechos sucesorios. En nuestro caso, los inconvenientes que puedan surgir en el proceso de fijación de la filiación biológica paterna (ex artículo 10.3 LTRA) y de adopción son transitorios, superables, y no alcanzan un nivel de gravedad tal que puedan considerarse constitutivos de un desequilibrio entre los intereses de la comunidad, fijados en su legislación sobre filiación y reproducción humana asistida, y el interés de los menores. Además, como se ha dicho, en ese periodo transitorio regirá el criterio de protección de la unidad familiar defacto que al parecer existe, para el caso de que surjan problemas en relación a la situación de los menores.

En definitiva, parece claro que el Tribunal Supremo mantiene su punto de vista expresado en la Sentencia de 6 de febrero de 2014, siendo difícil que este criterio cambie mientras el tenor literal del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida mantenga su actual redacción, ya que como mantiene el Auto de 2 de febrero de 2015, *No es ajeno este tribunal a la existencia de un debate social e incluso al anuncio de reformas legislativas al respecto. Pero no parece razonable que la defensa de esos cambios en las relaciones familiares se haga imputando la vulneración de los derechos de los menores, en el caso concreto, al tribunal que, como es nuestro caso, protege tales derechos del modo previsto en el ordenamiento jurídico vigente en cada momento, y que no se ha revelado incompatible con las exigencias derivadas de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos ratificados por España ni con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

Por ello, la única salida posible ante la situación que genera la posición del Tribunal Supremo deberá necesariamente pasar por una futura regulación de la cuestión, admitiendo la inscripción en el Registro civil español de la resolución extranjera que reconoce el nacimiento de un menor por gestación por sustitución en el extranjero. Entre tanto, no

quedará otra solución que la de aplicar la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, antes analizada, que quedó expresamente declarada vigente por medio de la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de julio de 2014. En todo caso, mientras no se regule la situación en España, las personas que no cuenten con recursos para desarrollar un proceso de gestación por sustitución en el extranjero, las personas españolas que alcancen un contrato de gestación por sustitución en España no contarían con idéntica posibilidad, generándose con ello una situación discriminatoria, contraria a la previsión del artículo 14 de la Constitución.

En todo caso, sucede respecto del Auto de 2 de febrero de 2015 lo mismo que ocurrió con la Sentencia precedente: contó con un Voto particular discrepante que fue suscrito por cuatro de los nueve Magistrados de la Sala, para los cuales, *el interés superior de los menores, que fundamenta en lo sustancial las resoluciones del TEDH, sino la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se dé respuesta a su solicitud de inscripción, y, en definitiva, el modelo de protección que resulta de todas ellas desde la óptica actual de los derechos humanos y de una legislación desbordada por una realidad que deja sin contenido las estructuras lógicas y formales del derecho, con el grave efecto de retrasar una filiación que podía haber sido ya fijada definitivamente y sin inconveniente alguno para nuestro ordenamiento jurídico que, de una forma o de otra, lo está admitiendo a través de vías verdaderamente singulares como son las circulares o las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han terminado por convertir la excepción de orden público en una cuestión meramente formal.*

3.3.4. PERSPECTIVA DE FUTURO: BASES PARA UNA EVENTUAL REGULACIÓN PERMISIVA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA: UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA.

En materia de maternidad subrogada, el ordenamiento jurídico español se enfrenta a una clara contradicción entre la sociedad española y el entorno jurídico español. Por un lado, el sistema admite la existencia de una maternidad/paternidad de deseo, que intenta subsanar a través de diversos mecanismos derivados de las técnicas de reproducción asistida, o bien mediante el instituto de la adopción. Igualmente, se ha podido comprobar que la gestación por sustitución no es una técnica que haya aparecido en nuestra historia con la evolución de la medicina reproductiva, sino que se trata de un fenómeno aplicado desde la antigüedad bíblica.

Por otro lado, la misma Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución, forzando todavía más la cuestión, al obligar a un recién nacido a acabar siendo hijo de una madre que no tenía (y seguramente no tiene) la más mínima intención de ser realmente su madre, puesto que ya lo dejó suficientemente claro al concluir un contrato con el/los comitente/s.

Asimismo, el artículo 10 de la Ley 14/2006, permite en su apartado tercero la reclamación de paternidad del padre biológico, abriendo así la puerta a que el padre comitente (si realmente aportó su material genético) pueda reclamar la filiación, pero no en caso de que dicho material proviniese de un donante anónimo.

Y a raíz del punto de vista que manifiesta el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 y el Auto de 2 de febrero de 2015, junto con la posibilidad de la reclamación de la filiación biológica, se recuerda que debe acudir al acogimiento, a la adopción y a la creación de vínculos familiares *de facto*, entre el nacido y los comitentes.

Es evidente, pues, que la actual regulación española de la materia es claramente insuficiente, porque simplemente intenta poner puertas al campo, cuando de sobras es sabido que este intento es claramente absurdo, máxime si se tiene en consideración que finalmente acuden al proceso de gestación por sustitución cientos de personas (solas o en

pareja), que simplemente pueden llevar a cabo el trámite, como consecuencia de las elevadas cantidades económicas que desembolsan al efecto.

Asimismo, no puede ignorarse que la actual regulación española está promoviendo que las personas que desean hacer uso de la maternidad subrogada, acaban acudiendo a países extranjeros, en que las garantías de derechos de las partes (gestante, comitentes y niños) posiblemente no quede debidamente garantizada, con lo que podría entrar en juego la previsión de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, que en su apartado 115, *“Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”* Este argumento, además, ha resultado utilizado en fechas recientes por parte del Comité de Bioética de España, en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 16 de mayo de 2017, si bien el Comité amplía sus dudas y acentúa el resto de cuestiones controvertidas que se han podido examinar.

Por otro lado, no puede dejarse el futuro en manos de una casuística que tendría que ir configurando progresiva y muy lentamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, tal como ha sucedido mediante su Resolución de 18 de febrero de 2009, o la Instrucción de 5 de octubre de 2010. No puede olvidarse que la Dirección General, como órgano del Ministerio de Justicia, no es un órgano que tenga siempre una única o misma dirección, sino que ésta va variando en función de qué color político ostente la dirección del Gobierno de España y, por lo tanto, lo dicho en febrero de 2009, puede ser desmontado en el futuro, ante la resolución de casos similares.

Tal como anteriormente se remarcó, el Ministerio fiscal nada dijo ante la tramitación del recurso gubernativo que originó la Resolución de 18 de febrero de 2009.

Ahora bien: sorprendentemente y contradiciendo el criterio del Ministerio de Justicia, el Ministerio Fiscal planteó ante el Juzgado de Primera Instancia en febrero de 2010 demanda de juicio ordinario contra los progenitores que previamente vieron acogido favorablemente su recurso contra el Auto denegatorio de la inscripción del nacimiento de sus hijos ante el Consulado de España en Los Ángeles, por la ya comentada Resolución de 18 de febrero de 2009, manteniendo finalmente el mismo criterio en la segunda instancia, ante la Audiencia Provincial de Valencia y finalmente en fase de casación, ante el Tribunal Supremo.

El Ministerio público fundamentó su demanda en considerar en primer lugar que sí era necesario acudir al fondo de la cuestión cuya inscripción se persigue en el Registro Civil español: esto es, la procedencia en este caso de la filiación, que según su argumento deberá ser acorde con la procedencia de la filiación que se establece en España. Para ello, incluso se argumenta la imposibilidad de inscribir en el Registro español un matrimonio poligámico, afirmando que igualmente tampoco es inscribible en España la filiación que no es conforme con la legislación española y, en particular, con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El Ministerio fiscal consideró además que los interesados incurrieron en fraude de ley, toda vez que provocaron un cambio voluntario de lugar donde el hecho se produjo, a fin de evitar la prohibición de la legislación española, por lo que a juicio del Ministerio público, el fraude de ley deviene del hecho de que los interesados buscaron un resultado no permitido por el Derecho español, que no puede ser amparado por la Dirección General de los Registros y del Notariado

En cuanto al respeto por el interés superior del menor, según el Ministerio fiscal, queda totalmente respetado, pues los menores contarían con la filiación del padre cuyo material genético se hubiera utilizado, así como también de su madre gestante, pero no se determinaría la filiación respecto del cónyuge del padre que fuera determinado legalmente. En este caso, puede surgir un grave problema añadido, antes visto y que el Ministerio público evidentemente no considera: ¿qué sucedería si los gametos masculinos provienen de un donante? ¿Es suficiente la “solución” que sugiere el Tribunal Supremo, de que los comitentes en ese caso generen vínculos familiares *de facto*?

No basta, por tanto, que los ya nacidos y futuros nacimientos a través de procesos de gestación subrogada deban tener salida a través de soluciones particulares, mediante resoluciones para cada caso, o bien sentencias que vayan dando ideas para ir saliendo del paso. Es evidente que al objeto de evitar la inseguridad jurídica, los propios poderes del Estado olvidan sus deberes constitucionales, derivados del artículo 9 CE y que con claridad, constituyen a día de hoy una dejación de funciones ante una realidad cada vez más numerosa:

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Por consiguiente, está claro que bajo la afirmación de que se pretende evitar la inseguridad jurídica y el fraude de ley (según argumenta el Ministerio público en su recurso), lo único que se obtiene es aumentarla y generar un horizonte bien oscuro para los padres y, sobre todo, para los menores, teniendo en cuenta el criterio que mantiene el Tribunal Supremo respecto de la consideración del interés superior del menor, frente al criterio que se ha expuesto y que mantiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

En definitiva, es necesario que el Estado español sea consciente de que su sistema legal está dando en este momento la espalda a la realidad y a la gran demanda social que la cuestión plantea, claro está, fuera de nuestras fronteras. Pero indudablemente, sería necesario que también se tomara la debida conciencia de que sea posible que esta realidad exista en España, sin tener que acudir al extranjero a tal fin.

Sin duda se necesita contar con directrices claras de cara al futuro para que los Estados puedan decidir qué desean y cómo desean regular al respecto, dado que obtener un marco jurídico adecuado para la cuestión es una tarea ineludible, necesaria y urgente. En este sentido, ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo consideró en su Sentencia *Negreponitis Giannitsis c. Grecia*, de 3 de mayo de 2011, que el no reconocimiento de estas situaciones puede contrariar el derecho a la vida privada y familiar y también el interés superior de los menores. En este sentido, una falta de regulación armonizada, continuará favoreciendo lo que se ha denominado como “turismo reproductivo” que sin duda entrará en colisión con los derechos fundamentales, en función del país al que los comitentes decidan acudir, si éste no garantiza mínimamente los derechos a la salud y a la igualdad. Y en definitiva, dos factores como la globalización y la movilidad de las personas, junto con el progreso técnico-médico, es indudable que llevan claramente a favorecer el ya mencionado turismo reproductivo, en lugar de vedarlo⁵⁸³

En este sentido, una futura y deseable regulación interna de la gestación por sustitución en España debería considerar la experiencia de otros países que ya cuentan en su ordenamiento con regulación del tema, pues en palabras de Encarna Roca, “antes que nada debe valorarse la voluntad de asumir los derechos y los deberes inherentes a la patria potestad, puesto que la transferencia de los mismos no puede hacerse sin la voluntad de uno de los comitentes implicados y ambos están dispuestos a ello”⁵⁸⁴ Y sin duda, fundamentar la futura regulación en una serie de cuestiones básicas que, en resumen, deberían ser las siguientes:

1.- Obtener un marco legal que garantice la seguridad jurídica a las partes en cuestión, en que cada una de los intervinientes (gestante y comitente/s, así como embrión/hijo nacido) tengan claro cuál es el conjunto de sus obligaciones y derechos. Para

⁵⁸³ Hernández Rodríguez, Aurora: *Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?* Cuadernos de Derecho Transnacional, Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, octubre de 2014, páginas 173-174.

⁵⁸⁴ Roca Trias, Encarna: *Libertad y Familia* Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, página. 153.

ello, sin duda, será imprescindible superar el criterio único de la determinación de la maternidad por el parto (artículos 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, 235-8.1 y 235-13.1 del Código civil de Cataluña).

2.- Asegurar garantías para la madre gestante: en caso de que la madre gestante percibiera algún tipo de compensación económica por el proceso, esto no podría comprender en ningún caso su explotación por parte del/los comitente/s, sino que se debería arbitrar algún mecanismo que garantice la percepción inmediata de dicha compensación que no debería comportar ánimo de lucro por parte de la gestante.

3.- Igualmente, se debería limitar el número de partos que la madre gestante desarrollase, a fin de evitar la existencia de “gestantes profesionales”, sino que la cuestión en sí misma se tratase de procesos de gestación eventuales, debiendo también establecerse las condiciones personales de la gestante (edad, condiciones económicas personales, maternidad previa a la de gestación por sustitución, posibilidad de interrupción del embarazo)

4.- Por otro lado, se debería articular un sistema que garantizase a la gestante el respeto por su derecho a la salud, contando en primer lugar con su consentimiento debidamente informado (respecto de los riesgos presentes, inmediatos, del parto y futuros), de forma que pueda contar con la posibilidad de acceso directo a los servicios médicos que pudiera requerir a lo largo del proceso, o bien que fueran necesarios como consecuencia del mismo. Así, por ejemplo, deberían igualmente establecerse las bases que permitieran conocer qué debería hacerse ante situaciones de riesgo sobrevenidas para la salud de la gestante o del *nasciturus*, una vez iniciada la gestación. Asimismo, será necesario establecer un registro de gestantes, a los efectos de control de sus condiciones y cumplimiento de requisitos que pudieran establecerse.

5.- Establecer reglas concretas de resolución de casos especiales, como los de cambios de opinión de la gestante o comitentes respecto de la prosecución del embarazo o bien sobre la asunción de la determinación de la filiación inicialmente prevista.

6.- Asegurar garantías para el/los comitente/s: el/los comitente/s deberían acreditar, en el caso de tratarse de parejas heterosexuales o bien homosexuales formadas por mujeres, que no acuden al sistema de gestación por sustitución como consecuencia de la comodidad o de la falta de voluntad de que la mujer sea gestante, sino que la causa se debería encontrar exclusivamente en la infertilidad, al menos, de la mujer en la pareja heterosexual o bien de ambas mujeres en el caso de la homosexual femenina y, como mínimo, que existe un riesgo para la salud de las mismas que le impediría llevar a cabo exitosamente la gestación. Evidentemente, en el caso de parejas homosexuales masculinas simplemente la constatación de que se trata de dos hombres debería ser suficiente para poder dar paso al proceso.

7.- De igual forma que se establece el requisito de obtención de un certificado de idoneidad adoptiva para quienes inician el proceso de adopción, sería igualmente recomendable que quienes iniciasen el proceso de gestación por sustitución tuvieran igualmente que contar con un equivalente a dicha idoneidad, todo ello sin perjuicio de que pudiera establecerse también una necesaria autorización administrativa o judicial para llevar a cabo el proceso. También podrían establecerse requisitos previos de acceso a la gestación subrogada para los comitentes, para los que se podría hacer necesario demostrar su infertilidad médica, estructural o social.

8.- Sería necesario articular algún tipo de mecanismo legal que garantizase también el cumplimiento del contrato y la exigencia del mismo por parte de la gestante y a favor del/los comitente/s: bien estableciendo plazos para la entrega del nacido, o fijando una posible indemnización o fórmula resarcitoria para el/los comitente/s, a cargo de la gestante que decide finalmente no entregar al hijo y no renunciar a su filiación, pudiendo establecerse también un plazo a la gestante para renunciar a la filiación y hacer entrega del nacido al/los comitente/s.

9.- Ante todo, deberá asegurarse la salvaguarda del interés superior del menor: en este sentido, será necesario fijar también las bases que aseguren los derechos del nasciturus, a todos los efectos, de cara a los posibles efectos sucesorios que éste pudiera encontrarse, determinando si éstos se establecen con respecto de la gestante o del/los comitente/s y en

qué forma, así como qué debería suceder, en el supuesto de que antes del nacimiento el/los comitente/s llegasen a fallecer. Y de igual forma, deberían asegurarse los derechos del nacido (en igualdad de condiciones que en un supuesto de adopción) de que el hijo pueda tener acceso a conocer sus orígenes genéticos y gestacionales.

Y 10.- Que la constitución de la filiación de los nacidos, además de contar con un contrato de gestación por gustación, obligase a que el contrato, sus consentimientos y el proceso en su conjunto debiera ser tutelado judicialmente desde el inicio del proceso, a través de un proceso de jurisdicción voluntaria en que, a tenor de los derechos de menores que estarían en juego, obligaría a la intervención del Ministerio Fiscal.

En definitiva: es necesario no dejar suelto ningún cabo en esta cuestión; el ordenamiento jurídico español tiene que dar una adecuada y rápida respuesta a la materia. De lo contrario, no se olvide, los derechos que van a resultar totalmente perjudicados no serán los de quienes ejerzan una paternidad/maternidad de deseo o social, ni tampoco de la gestante, sino precisamente de la parte más débil en esta empresa: el niño.

CONCLUSIONES

I.- Homosexualidad, homoparentalidad e igualdad.

Es innegable que la vigente Constitución de 1978 supuso un antes y un después en el tratamiento jurídico que las instituciones del Estado venían dando a las personas homosexuales: se producía así el tránsito de un sistema que era a la vez punitivo, confesional y médico-terapéutico y encaminado a la represión, sanación o marginación de la persona homosexual, hacia un sistema jurídico como el actual, que sitúa en la igualdad, como valor superior de nuestro sistema social y democrático de derecho, a las personas homosexuales, con las heterosexuales, justificando en el ordenamiento la aprobación o promulgación de normas de protección especial para el colectivo homosexual, como diversos preceptos concretos del Código penal englobados en la regulación (artículos 22.4, 173, 314, 510, 510 bis, 512 o 515) o bien aprobando leyes como la ley catalana 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.

No obstante, debe ponerse de manifiesto que el ordenamiento jurídico ha ido reconociendo y permitiendo primero la realidad de las personas homosexuales, para posteriormente recurrir a normas coercitivas que coadyuven a la protección del colectivo de personas homosexuales. Y ese dato, precisamente, es el que pone al descubierto que el ordenamiento ha ido por delante de la mentalidad social, haciendo obligada la elaboración de estas normas coercitivas (penales o administrativas), dado que aunque los estudios sociológicos refieran una actual mayor aceptación de la existencia de personas homosexuales y de su desarrollo personal a través de sus relaciones familiares, lo cierto es que perduran episodios de discriminación y de homofobia, que han ido obligando al legislador a establecer previsiones legales con las que pudieran evitarse estas situaciones ilícitas.

Sin duda, en nuestro sistema jurídico tiene un peso enorme la interpretación histórica de las normas y el tratamiento de las personas homosexuales en fases de la historia

del derecho en que no se reconocían los derechos fundamentales de la persona, o bien sí se reconocían pero no se consideraba que la persona homosexual pudiera defender su forma de ser desde el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad, el derecho a no ser discriminado, o el derecho a tener un familia y que ésta fuera tratada con las mismas garantías que ya tenía reconocidas la familia tradicionalmente reconocida por la ley. Asimismo, no debe perderse la visión global de la cuestión, ya que no fue hasta hace poco más o menos de cincuenta años cuando las personas homosexuales dieron el paso de asociarse, sumar esfuerzos y proceder a reivindicar sus derechos, siendo pioneros de estas reivindicaciones en España el Front d'Alliberament Gai de Catalunya (FAGC) y el Movimiento Español de Liberación Homosexual (MELH).

II.- Homofobia social arraigada

Por lo tanto, el arraigo de una visión social peyorativa y de actitudes homófobas en muchas personas y en grupos sociales no es algo aislado en este momento en nuestro país, a pesar de que el ordenamiento jurídico español haya seguido una evolución modélica en algunos aspectos y pionera, en algunos casos, en el contexto internacional. Pero precisamente por eso mismo, urge una verdadera pedagogía social en los derechos fundamentales que, más allá de estereotipos y de encasillamientos, permita, en el plazo más breve posible, que se pueda obtener una igualdad social material, más allá de la formal-legal ya existente.

En este sentido, nuestro ordenamiento tiene ya un ámbito en que esta pedagogía social ha conseguido incrementar la sensibilización de la población, generando debate, reflexión y estudio: la igualdad de género y, concretamente, la violencia de género. Para llegar al grado de concienciación tras más de doce años después de la aprobación de la primera norma en la materia, está bien claro que para que se pueda alcanzar un nivel de conciencia social en cuestiones como la violencia de género, no sólo es necesaria la existencia de una norma jurídica, sino también de la voluntad política que además de crear la norma, posteriormente garantice su efectiva aplicación, destinando los recursos

económicos y humanos necesarios y, sobre todo, formando a los agentes que deban intervenir (sobre todo, al funcionariado) para que sepan responder debidamente a las demandas de quienes puedan requerir su intervención.

Indudablemente será imprescindible que, para las nuevas generaciones, el sistema educativo transmita al alumnado cuál ha sido la realidad de las personas homosexuales a lo largo de la historia y sin que sea posible encontrar en los últimos seiscientos años respeto a los derechos de las personas como consecuencia de su orientación sexual. Conociendo las barbaridades y tomando clara conciencia de todo ello, será como los niños de hoy, adultos del futuro, podrán haber estado instruidos en el respeto de los derechos de todos y no sólo en la tolerancia: si todas las personas son iguales en derechos y obligaciones, esto supone el respeto entre todos los seres humanos, desde la igualdad entre todos ellos, pues tolerar significaría admitir, sin más, dando por hecho que quien tolera, puede hacerlo porque es superior al tolerado.

III.- Familia e igualdad

Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, España incluye en su ordenamiento jurídico el conjunto de derechos fundamentales que por un lado cataloga en nuestra ley fundamental y por otro incluye a través de la asunción de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por el Estado español.

Desde el momento en que el artículo 39 de la Constitución proclama la igualdad de quienes nacen, eliminando así definitivamente las múltiples (y discriminatorias) categorías que sí incluía la redacción inicial del código civil, en 1889, está claro que también se estaba reconociendo la igualdad de la raíz de la familia, suponiendo esto que es indiferente cuál sea aquélla: una pareja estable, o bien un matrimonio.

La filiación sí se trata en la legislación española desde la igualdad jurídica entre quienes son hijos, que en la realidad social plantea aún hoy en día casos de desigualdad. Los derechos de quien acredita ser descendiente de una persona son idénticos, con

independencia de que la filiación se haya determinado por naturaleza, por adopción o bien se haya generado a través de técnicas de reproducción humana asistida. Y también será indiferente que el nacido lo haya sido como hijo matrimonial, o bien extramatrimonial de la pareja o progenitor.

No obstante, es evidente que en la relación entre dos personas existe una clara diferencia, según ésta se trate de una pareja estable, o bien de un matrimonio. Conforme al derecho civil común, la pareja estable no contará prácticamente con ningún reconocimiento, salvo cuestiones muy específicas, como, por ejemplo, en relación a la vivienda alquilada, con el derecho del conviviente supérstite de subrogarse en el contrato de arrendamiento del que fue titular su conviviente difunto. Y, pese a que con ello se reconozca en este ámbito de la pareja estable un derecho claramente hereditario, que se configura en claro beneficio de la familia, no se reconoce en ningún caso un derecho a la herencia que sí tiene el cónyuge viudo.

IV.- Familias desiguales

El argumento habitual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional, han utilizado sistemáticamente en su jurisprudencia el argumento habitual por el cual ambos Tribunales consideran que no pueden tratarse de igual forma dos instituciones que son diferentes, no debería mantenerse actualmente, precisamente como consecuencia de la propia previsión constitucional. Si cierto es que por mandato constitucional los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, pobre justificación encuentra en este momento, por ejemplo, la exclusión de los derechos que asisten a una de estas formas de familia (la matrimonial), frente a la formada a través de una relación de pareja estable. Por ello, también carece de posible y válida explicación que la persona viuda pueda percibir una prestación por defunción de su cónyuge, con bastante facilidad, mientras que el conviviente supérstite deberá reunir un conjunto de condiciones exhaustivas que demuestren su dependencia

económica y convivencia con el difunto, ya que en caso contrario la pensión de viudedad le será denegada.

Sí puede ponerse como muestra de igual trato de las familias en derecho civil lo que sucede en Cataluña, desde la aprobación del Libro Segundo de su Código Civil (Ley 25/2010, de 29 de julio), dado que las parejas estables quedaron equiparadas con el matrimonio civilmente, pero no en los aspectos que escapan a las competencias autonómicas del Parlamento de Cataluña, en materias fiscal, laboral o de Seguridad Social, por ejemplo.

Consecuentemente, puede afirmarse que sí existe una previsión de protección pública de la familia y de igualdad de los hijos, pero que, sin embargo, esta igualdad no es real entre las diferentes formas familiares que existen en nuestra sociedad y, sobre todo, es urgente el cambio de criterio interpretativo judicial, dado que si el ordenamiento tiene que ser protector de la familia, no resulta admisible hacer descansar la desigualdad existente entre familia matrimonial o familia basada en pareja estable, a consecuencia de la mera responsabilidad de sus miembros y de que bien está esta desigualdad, al tratarse de instituciones familiares diferentes, tal como han venido manteniendo tanto el Tribunal Supremo, como el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, es procedente que en el futuro tanto el legislador (y, en particular, las Cortes Generales), como la interpretación de los tribunales, acepten la verdadera realidad social y por ello cumplan el mandato constitucional de brindar a la familia una plena igualdad de derechos, con independencia de que la misma se fundamente en el matrimonio o en la pareja estable, en la hetero, la homoparentalidad, o bien la monoparentalidad y todo ello tanto si tras aquellas uniones afectivas esas personas existe filiación o no. Para ello, posiblemente sea necesario invertir la visión del tema por parte de la norma civil, dejando de establecer diferencias entre modelos familiares, en función de si su raíz es matrimonial o no, para acudir a la protección jurídica de la familia, con un trato igualitario, con independencia de si su origen es matrimonial, es una pareja estable o de cuál sea la orientación sexual de quienes formen ese núcleo familiar.

V.-La igualdad y no discriminación en las parejas estables o matrimoniales: el matrimonio como verdadero epicentro jurídico de la familia; desigualdad territorial

Es más que evidente que, pese a la evolución de la sociedad española, actualmente se sigue manteniendo el espíritu del tradicional derecho de familia, que se descubre tanto en el Derecho civil común, como en los derechos civiles autonómicos, ya que puede afirmarse que el principio inicialmente contemplado por la codificación francesa, relativo a que *“les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux”*, se mantiene actualmente a grandes rasgos. Nuestro ordenamiento jurídico sigue manteniendo una protección mucho más directa y clara del matrimonio y se obvia sistemáticamente que las medidas tuitivas no deben dirigirse al matrimonio, sino a la familia, tal como dispone el mandato constitucional a los poderes públicos. Y, claro está, si esto ha de ser así, bien está que la ley proteja la familia matrimonial, pero por ese mismo motivo, tendrá que brindar un trato idéntico (no sucedáneo) a la familia basada en un matrimonio.

Para buena parte de la sociedad, se ha establecido la creencia de que el hecho de que exista el matrimonio entre parejas del mismo sexo ya comporta la protección de la familia homoparental en general. Ahora bien: si la familia homoparental se fundamenta en la relación de pareja estable de los progenitores, esto los sitúa en la más evidente desprotección, ya que quedarán fuera del reconocimiento jurídico que sí se plantea para los matrimonios: una pareja estable no podrá aprovechar las ventajas fiscales que sí se reconocen a los matrimonios, tampoco podrá acceder a ventajas en las prestaciones sociales de la Seguridad Social con la misma facilidad que los matrimonios, ni tampoco contará con acciones que reconoce el derecho de familia a los matrimonios, como las compensaciones en caso de crisis de la relación, el derecho a la herencia o bien el derecho de alimentos.

Por otra parte, los actuales programas electorales de los distintos partidos políticos en nuestro país llevan al pesimismo a la hora de adivinar qué futuro legal se pretende dar a las parejas estables, ya que ninguna opción política se ha tomado la molestia siquiera de sugerir seriamente, desde el año 2005, la necesidad de regular la cuestión, o bien estudiarla. Por ello, da la impresión de que no existe voluntad alguna de configurar un estatuto jurídico

a las parejas estables en España, que supongan una regulación civil para los territorios en que no existan competencias autonómicas de regulación, más allá de prever meras cuestiones administrativas. Asimismo, la legislación nacional muestra contradicciones bastante graves, como por ejemplo la de que se permita la prestación de viudedad en parejas estables, previa acreditación de la inscripción de la relación de pareja en un registro de parejas, mientras que en paralelo, esta legislación común no ofrece ningún mecanismo para obtener ese registro, ni tampoco tiene en consideración que hay Comunidades autónomas que, aun regulando las parejas estables, no han creado un registro autonómico al efecto.

VI.- Mantenimiento de la desigualdad de trato de las parejas estables

No puede tampoco ignorarse la creencia general de que la pareja estable cuenta con equivalentes derechos y obligaciones que un matrimonio. Este equívoco planteamiento parte de una clara desinformación general del contenido actual de ambas instituciones familiares y, como consecuencia, provoca la desprotección de las personas ante situaciones en que precisamente deberían encontrar un mayor grado de intervención tuitiva del ordenamiento jurídico. Por este otro motivo, es evidente la urgencia en la necesaria intervención legislativa en la cuestión, que como ya se ha dicho, evitaría situaciones indeseables que sólo serían la traducción del incumplimiento de las obligaciones constitucionales del legislador en la materia.

Se puede por ello compartir el punto de vista ya estudiado de la inconstitucionalidad por omisión del deber del legislador, que también debería vincular a los tribunales a la hora de impartir justicia como poderes públicos que son y, con ello, interpretar la legislación en la forma que debería estar ya regulada por la tarea legislativa. Es urgente, pues, establecer una clara equiparación entre pareja estable y matrimonio, que permita otorgar una protección integral al núcleo familiar, a través de la extensión que se brindaría con ello a la igualdad de derechos de las familias.

También es necesario la aclaración sobre cuál ha de ser el sistema de constitución de la pareja estable y de su constancia pública: el otorgamiento de escritura, la inscripción en registro público, la constancia de la mera convivencia “marital” o bien la existencia de descendencia común. Ahora bien: dado que la convivencia “more uxorio”, pareja de hecho o pareja estable supone hacer mención concreta a la situación fáctica de dos personas que constituyen un núcleo familiar, surgen dudas de si realmente se hace necesario cargar de formalismos la constitución y la constancia de la relación de pareja estable. En este sentido y entendiendo que sí es imprescindible otorgar un claro valor constitutivo al hecho de la convivencia, junto con determinadas condiciones, también debe considerarse que las formalidades exigibles no tengan que ser tan excesivamente rígidas como para dejar fuera del ámbito de protección que merezca el núcleo familiar de la pareja estable a aquéllos que, aun manteniendo realmente una relación de pareja estable, puedan quedar fuera del ámbito tuitivo de la institución familiar.

Puede cuestionarse jurídicamente, en el contexto español, que en función del territorio en que se pueda residir, si dos personas mantienen una relación de pareja estable, se tenga una categoría superior, inferior o nula, con respecto de la pareja matrimonial, según se resida en una Comunidad con o sin Derecho civil propio, o con o sin regulación (siquiera mínima) que reconozca eficacia jurídica a la pareja estable. Por este mismo motivo y ante la existencia de regulación legal de las parejas estables en doce comunidades autónomas, es también necesario entender la necesidad de que o bien se brinde desde el Código Civil (una norma de conflicto en esta materia como el artículo 9), o bien directamente se apliquen las normas propias de los conflictos de leyes relativas al matrimonio mediante una norma de reenvío, sin que sea necesario esperar a que un tribunal decida aplicarlas o no por analogía, generándose con ello un elemento más de desigualdad y discriminación hacia las parejas estables. Por ello se hace necesaria una mínima armonización en la regulación de las parejas estables, sin perjuicio de las competencias que las comunidades autónomas pudieran desarrollar al respecto.

Ese estatus familiar, en ese caso, desplazaría el actual protagonismo preponderante del matrimonio, como núcleo familiar, reconociendo con ello la realidad de la pareja

estable que actualmente queda en una segunda categoría a la hora de valorar el conjunto de derechos de uno y otro. Así, esa necesaria equiparación de matrimonio y pareja estable debería poder zanjar aspectos actualmente huérfanos de regulación en aquellas partes del territorio español en que las comunidades autónomas no tienen competencia en materia de Derecho civil. Por ello y mientras no se proceda a solucionar la actual situación, continuarán pendientes de solución aspectos tales como el deber de asistencia mutua entre convivientes, la presunción de comunidad de cargas familiares, la presunción de copropiedad de ciertos bienes, los derechos sucesorios, las compensaciones económicas en caso de ruptura y la igualdad de trato de matrimonio y parejas estables en materia fiscal y de la Seguridad Social.

VII.- El matrimonio homoparental en sus diversas formas: la concepción heterosexual del matrimonio en España

La reforma del Código Civil introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio, sin duda fue un hito en el contexto mundial, dado que España pasaba a ser uno de los primeros países que reconocían el derecho a contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo y a la vez suponía un claro revulsivo en el contexto europeo, siendo el primer país de la Europa del sur que dio un paso adelante en la cuestión, siendo guía para otros países como Francia o Portugal, e incluso como Italia, en donde recientemente se traspasó una barrera infranqueable con el reconocimiento de derechos al colectivo homosexual, al reconocer la posibilidad de formalizar relaciones estables de pareja del mismo sexo.

Para unos, la reforma de 2005 fue precipitada y por ello se olvidó de regular cuestiones que afectan directamente a los matrimonios o familias homoparentales. Para otros, no se trata de precipitación, sino de una reforma deficiente y mal configurada que sólo se centró en la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contrajesen matrimonio, pero no las consecuencias de la existencia del matrimonio en sí.

En cualquier caso, sea por olvido, por precipitación o por deficiencias en la reforma, la concepción de la diferencia sexual del matrimonio tradicional resulta patente: el hecho de

mantener impedimentos matrimoniales que sólo tienen sentido en el matrimonio de distinto sexo (artículo 47.2º del Código Civil), la aplicación de las normas propias de la filiación respecto a los matrimonios homoparentales (claramente inaplicables a los mismos) y la diferencia de trato que en el ámbito familiar se establece en caso de agresiones de un cónyuge a otro (que supondrá que el cónyuge maltratado no cuente con las garantías de que dispone la mujer maltratada, amparada bajo lo previsto para la violencia de género, yendo mucho más allá de centrar la cuestión en el ámbito penal exclusivamente).

VIII.- Los olvidos del legislador al regular el matrimonio igualitario

La reforma del Código civil llevada a cabo en el año 2005, por la que se aceptó legalmente el matrimonio igualitario en España, fue un claro hito en nuestra historia jurídica, al suponer que nuestro ordenamiento pasaba a estar en cabeza de unos pocos que en este campo decidían eliminar la desigualdad y la discriminación de las personas. Ahora bien: el matrimonio, como institución, no sólo concede unos derechos y obligaciones a sus contrayentes entre sí, sino que él tiene una vocación de creación familiar que, en los casos en que los cónyuges así lo decidan, conduce a la filiación.

Es claramente necesaria la eliminación de trabas que en la actualidad encuentran las familias homoparentales, de forma que la determinación de la filiación pueda ser directa, como lo es en las parejas de distinto sexo, a través de la inscripción de la filiación en el registro civil, el reconocimiento de la misma (sin ser necesaria su acreditación pericial) y no tener que acudir a la filiación adoptiva en todo caso, como sucede en la actualidad. De esta forma, sería posible equiparar la filiación homoparental en el caso del matrimonio entre dos hombres, al matrimonio entre dos mujeres: en este último caso, se prevé legalmente la determinación de la filiación a favor de ambas, desde el nacimiento, siguiendo los pasos establecidos en la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, respecto del consentimiento de la pareja de la gestante. En el caso de las parejas entre dos hombres, se debería entender suficiente el reconocimiento

de quien no sea padre biológico del menor, junto con la renuncia prevista por la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, en sus artículos 44 y 49.

Por último, no ha de obviarse, ni mucho menos afirmar tajantemente la imposibilidad de que exista un matrimonio entre dos personas del mismo sexo en forma religiosa. Diferentes confesiones han celebrado ya matrimonios entre personas del mismo sexo que son tan válidos como los contraídos entre parejas de distinto sexo, siempre y cuando las formalidades establecidas en el artículo 60 código civil se vean respetadas. De esta forma, entre parejas del mismo sexo y aunque en la actualidad resulte imposible la celebración de un matrimonio católico, no puede negarse en el futuro esta posibilidad, o bien la reaparición de la figura histórica de la “*fraternitas iurata*” (o “adelfopoiesis”), y que tanto en una como en otra forma, no tendrían problema para ser encajadas en la previsión del Código civil y en el marco del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979.

IX.- Necesaria reformulación de las diferentes categorías de filiación: por naturaleza, por adopción y por técnicas de reproducción humana asistida

La filiación viene legalmente determinada a través del código civil en dos categorías: la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. No obstante y, dadas las circunstancias que ha generado la evolución de las ciencias médicas y, en particular, las técnicas reproductivas, es necesario conceder carta de naturaleza a una particular forma de generación: la que se genera a través de técnicas de reproducción humana asistida, que tiene unas particulares consecuencias a la hora de determinar la filiación a favor de quien resulte designado progenitor.

En las actuales condiciones, la filiación por naturaleza es directamente favorable a parejas de distinto sexo, o bien a mujeres solas. Las parejas del mismo sexo, de mujeres o de hombres quedan fuera de lo que es la filiación por naturaleza, dado que en los matrimonios entre mujeres, una de ellas podrá ser madre biológica, mediante técnicas de reproducción humana asistida, y el matrimonio entre dos hombres sólo podrá acudir a la reproducción asistida con la intervención de una mujer gestante que podrá ser la donante o

mera portadora de óvulo y el material genético del hombre que está casado con otro hombre.

La filiación adoptiva será a la que sí podrán acudir los matrimonios, tanto de distinto como del mismo sexo con trabas, en cuanto a la obtención del certificado de idoneidad y de los problemas que se derivan de la posible adopción internacional. En el último caso, como consecuencia de la homofobia que existe en un gran número de países que son habitualmente el origen de los adoptandos.

La filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida es claramente un tipo de filiación que no puede considerarse filiación por naturaleza: en unos casos, porque no podrá serlo, por mucho que exista un parto y por ello, legalmente, se pueda determinar la filiación respecto de una madre. Pero además, tampoco podrá existir esta filiación por naturaleza, en aquellos casos en que se produzca una gestación subrogada y el nacimiento posterior.

Partiendo de esta clara diferencia, sin duda, es necesario, en primer lugar, constatar que la concepción legal de un matrimonio tradicionalmente entre personas de distintos sexo lleva a que las parejas del mismo sexo (estables o matrimoniales) encuentran múltiples trabas para poder contar con la facilidad que sí disponen las primeras en cuanto a la determinación de la filiación de sus descendientes.

En definitiva, la filiación por naturaleza requiere una reforma y una racionalización que se ajuste a la casuística que la reforma del matrimonio del año 2005 ha supuesto, por lo que, sería posible mantener la actual determinación de la filiación por naturaleza, que pueda partir de la existencia de un parto (que determine la filiación a favor de la madre) y que posteriormente permita el reconocimiento de esta filiación, de su cónyuge o conviviente, generándose una filiación conjunta de las dos personas que forman la unidad matrimonial o de pareja estable de una forma directa y sin necesidad de procedimientos posteriores. Y todo ello con independencia de que la gestación provenga de una generación natural, o bien mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. Evidentemente, el principio de verdad biológica debería quedar a salvo, a excepción de que exista una generación

mediante donante, en los términos dispuestos por la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

En cuanto a las parejas de hombres (estables o matrimoniales) y también para quienes no puedan tener hijos, es urgente que puedan ser reguladas las situaciones de gestación por sustitución, garantizando derechos y obligaciones por la configuración de un contrato entre gestante y comitentes, asegurando a la madre gestante una compensación económica por su intervención, concretando o limitando el número de gestaciones permitidas a la gestante, informándole adecuadamente respecto de las consecuencias de seguir el proceso, garantizando que el uso del mismo no sea por capricho de los comitentes, sino por imposibilidad de tener descendencia por sí mismos, siendo posible la obtención de un certificado de idoneidad de los comitentes, como ocurre en los casos de adopción, estableciendo garantías de cumplimiento del contrato, con la salvaguarda del interés superior del menor y que, en la constitución de la filiación, pueda darse intervención judicial de control de la legalidad y de las garantías de las partes.

La urgencia de que la cuestión se vea regulada se justifica en que quienes intervengan en la gestación por sustitución vean respetados sus derechos y puedan además reclamar el auxilio judicial, si fuera necesario. En la actualidad, la situación es justamente la inversa: quien o quienes hacen uso de la gestación por sustitución viajan al extranjero y ello implica que aparezcan terceros intermediarios cuya intervención carece de todo apoyo legal, lo que genera un sinnúmero de abusos en España y posiblemente pueda traducirse en la explotación de mujeres gestantes que no habría existido, en caso de poder haber contado con una regulación garantista y proteccionista de todos los intervinientes.

De esta forma, contando con una adecuada regulación en España de la maternidad subrogada, se evitarían los abusos actuales para cualquiera de las partes y se facilitaría la vida a las parejas masculinas (estables o matrimoniales) a la hora de poder construir su familia, mediante su propia filiación.

X.- Filiación admitida y filiación tolerada en las parejas homoparentales.

La actual regulación de la filiación lleva en el ámbito de la homoparentalidad una filiación admitida y a una filiación tolerada por nuestro sistema jurídico. La filiación admitida claramente es la filiación adoptiva, bien se trate de una adopción conjunta, o bien se base en una adopción sucesiva, en la que no se requiere del certificado de idoneidad que sí es exigible en las adopciones conjuntas.

El proceso de adopción es, por tanto, el proceso de determinación de la filiación a favor de parejas homoparentales que el ordenamiento jurídico parece reservarles, si bien no puede olvidarse que este proceso de adopción para parejas del mismo sexo se enfrenta con diversos obstáculos. El primero de ellos es el de la determinación de la idoneidad de las personas que forman la pareja, dado que los ámbitos de valoración de los efectos de la idoneidad son tan amplios o tan concretos como quienes lleven a cabo la citada valoración entiendan conveniente, ya que entran en la evaluación todas las circunstancias personales de los candidatos, yendo desde un punto de vista meramente económico-material (en cuanto a ingresos, patrimonio existente o tenencia de vivienda), hasta cuestiones que se refieran a aspectos más íntimos (como el estado de salud, patologías que la persona pueda padecer o posibles antecedentes penales). Es evidente que quien valore al candidato a adoptante no podrá afirmar que el candidato homosexual no sea idóneo para poder adoptar, por el mero hecho de tener una orientación sexual determinada, puesto que esto sería ilícito, al vulnerarse sus derechos fundamentales. Pero sí es cierto que ha sido una práctica llevada a cabo en algunos supuestos que si quien valora la petición de idoneidad arrastra prejuicios personales contrarios a la orientación homosexual de las personas, no le resultará complicado camuflar su valoración negativa a través de parámetros colaterales que permitan concluir que la idoneidad no existe en un determinado caso.

A esto debe añadirse que la sociedad española puede tener una legislación avanzada respecto de las personas homosexuales, pero también que se ha hecho necesaria la aprobación de leyes contra la homofobia, hasta el momento aparecidas en la legislación autonómica catalana, gallega y extremeña. Por ello es conveniente que sea la propia

administración, directamente y no por medio de entidades colaboradoras, como sucede en Cataluña, sea la que valore la idoneidad de los candidatos adoptantes, siendo más fácilmente asegurar así los principios de objetividad e imparcialidad que se debe exigir tanto a quienes actúen pericialmente, como a la propia administración, siendo también necesario que se pueda dejar constancia concreta de la intervención del solicitante de la idoneidad (mediante actas videográficas, por ejemplo), dado que los medios técnicos actuales facilitan enormemente esta posibilidad.

XI.- La filiación adoptiva homoparental en un entorno internacional hostil

El más peliagudo e infranqueable de los frentes abiertos respecto de los adoptantes homoparentales se encuentra en la adopción internacional. La homofobia oficial institucional sigue presente en buena parte del mundo, tal como constatan diversos organismos internacionales. Incluso en países de nuestro entorno continental, como la Federación Rusa, donde el propio Estado está incluso yendo más allá de meras prohibiciones, llegando a tolerar la agresión física de las personas homosexuales y retomando la política de criminalización que aquí desapareció hace décadas.

Por ello es impensable que la adopción internacional sea una solución a la falta de niños españoles en disposición de ser adoptados, puesto que muchos países prohíben la adopción por parte de parejas homoparentales, o incluso previendo posibles estrategias en la adopción, prohíben la adopción a hombres solos y sólo la permiten a mujeres solas, con la posibilidad de que se pidan informes posteriores de seguimiento, por parte de los países de que provienen los menores adoptados. Por ello debe hacerse imprescindible que cuando se hable de cooperación internacional en materia de derechos humanos y paralelamente se mencione la posibilidad de ayudas económicas por parte del Estado Español hacia terceros países que potencialmente pudieran ser fuentes de adopciones internacionales, se deba tener en cuenta que los derechos humanos son también los derechos a la igualdad de trato de las personas homosexuales y, con ello, en cierto modo incentivar que estos otros países reflexionen sobre lo que pueden perder (o dejar de percibir) en el caso de que mantengan

una férrea postura de represión y falta de igualdad en las personas, con una base tan inconsistente como injusta, como es su orientación sexual.

BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S., *La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los “santos inocentes”*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 711, Enero - Febrero 2009.
- AGUADO I CUDOLÁ, V., *El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales, El marco jurídico de los servicios sociales en España*, EZQUERRA HUERVA, A., (coord.), Atelier, Barcelona, 2012.
- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *Compendio de Derecho Civil*, 14ª Edición, Edisofer, S.L., Madrid, 2011.
- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *Curso de Derecho Civil-IV, Derecho de Familia*, Edisofer, S.L., Madrid, 2013.
- ALBERCA DE CASTRO, JUAN ANTONIO, y otros: *El sistema matrimonial español en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista jurídica de Castilla - La Mancha, págs. 281-310
- ALBERT MÁRQUEZ, M.: *Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil*, Diario La Ley nº 7863, 22 de mayo de 2012.
- ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber amicorum Alegría Borrás, FORNER I DELAYGUA, Joaquim Joan; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina y VIÑAS FARRÉ, Ramón (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2013.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: en “Las Leyes de parejas de hecho (Valencia, Madrid y Principado de Asturias): su

adecuación con la Constitución Española”, en **ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROF. LUIS DíEZ-PICAZO**, Tomo III, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

- ARGÜELLO, LUIS RODOLFO: **Manual de Derecho Romano; historia e instituciones**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.
- ARIAS MIRANDA, J., **Reseña histórica de la Beneficencia Española**, Impresa del Colegio de Sordomudos y de ciegos, Madrid, 1862.
- ARTERO FELIPE, JOSÉ LUIS: **El elemento volitivo en la adopción**. Acciones e investigaciones sociales, nº 12, 2001
- ATIENZA, MANUEL: **De nuevo sobre las madres de alquiler**, El Notario del Siglo XXI (Revista online del Colegio Notarial de Madrid), nº 27, septiembre-octubre de 2009, en <http://xurl.es/vnly6> a 25 de marzo de 2017.
- BADOSA COLL, FERRAN, **La protección de menores en el derecho catalán**, en Espiau Espiau y Vaquer Aloy, en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999
- BARCIA MARTÍN, LUCIANO: **Matrimonio y libertad civil en materia religiosa**. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1976.
- BARRIOS FLÓREZ, ALBERTO: **Estudio y análisis de la percepción social de las familias homoparentales y su presencia en la prensa escrita española**, Universidad de Valencia, Valencia, 2012. En goo.gl/NtgJU3, a 25/03/2017
- BAYOD LÓPEZ, CARMEN: **Pareja estable y requisitos de capacidad: ámbito de aplicación de la ley aragonesa de parejas no casadas (ley 6/1999, de 26 de marzo)**, revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 4, 2002.
- BENAVENTE MOREDA, PILAR: **Filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual**, Anuario de Derecho Civil, Tomo LXIV, 2011 fasc. 1.

- BIANCA, M: *Stato delle persone, Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Milan, 1987.
- BORRILLO, DANIEL: *Homofobia*, La biblioteca del ciudadano, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2001.
- BORRILLO, DANIEL: *La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l'idéologie naturaliste de la filiation*, "Reproduire le Genre", Editions de la Bibliothèque Centre Pompidou, Paris 2012.
- BORRILLO, DANIEL: *De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual*. Revista de Estudios Jurídicos, nº 11/2011 (Segunda Época), Universidad de Jaén, Jaén, 2011.
- BOSWELL, JOHN: *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad. Los gays en Europa occidental desde el comienzo de la Edad Cristiana hasta el siglo XVI*. Ed. Muchnik, Barcelona, 1992.
- BOSWELL, JOHN: *Same-Sex Unions in Premodern Europe*, Villard Books, 1994.
- BRAY, ALAN: *The friend*, Universidad de Chicago, 2003.
- BULLARD GONZALES, ALFREDO: *Advertencia: el presente artículo puede herir sus sensibilidades jurídicas. El alquiler de vientres, las madres sustitutas y el derecho contractual*, Revista de la Asociación Ius Et Veritas, nº 10, julio de 1995.
- CABAÑAS POVEDA, CARMEN: *Proceso especial sobre impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores*, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, nº 9, enero de 2001. En goo.gl/hp4fc7, a 24/03/2017.
- CALVO-CARAVACA, ALFONSO-LUIS: *Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009*. Cuadernos de Derecho Transnacional, volumen 1, 2009-2, págs. 249-319. Madrid, 2009.

- CALVO-CARAVACA, ALFONSO LUIS – CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Derecho Internacional Privado – II*, Editorial Comares. Granada, 2016.
- CALZADILLA MEDINA, M^a ARÁNZAZU: *Las reformas del Código Civil y la institución de la adopción*, Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, nº 20, diciembre de 2003.
- CAMACHO EVANGELISTA, FERMÍN: *Curso de Derecho Romano, vol. II*, Ediciones Tat, Granada, 1990.
- CARRIÓN OLMOS, SALVADOR: *Historia y futuro del matrimonio civil en España*. Revista de Derecho Privado. Madrid 1977.
- CARROLL, A.: *Homofobia de Estado 2016: Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, la protección y el reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo*, ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex), Ginebra, mayo de 2016.
- CASADO, MARÍA: *De la solidaridad, al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico*. Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona. Barcelona, 2017
- CASO SEÑAL, MERCEDES: *Tratado de Derecho de Familia; Uniones de hecho*, pagina 110; Editorial Sepin, Madrid 2005.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil Español común y foral*, Tomo V, 11^a Edición, Ed. Reus, Madrid, 1944.
- DE CASTRO BRAVO, FEDERICO: *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO: *Constitucionalidad de la Ley 13/2005, sobre el matrimonio homosexual: un ejemplo –hoy- de interpretación sociológica o evolutiva, fundada en razones de igualdad*, en *Matrimonio y Constitución*, Editorial Reus, Madrid, 2013.

- COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- DEL BURGO, MYRIAM: *Madres de alquiler, ¿el fin justifica los medios?*, La Tribuna del Derecho, nº 74, Madrid, julio de 2009.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M^a SOLEDAD: *Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, a propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014*, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, enero de 2015.
- DELAPORTE-CARRÉ, C., *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Dalloz, París, 2008
- DE LOS SANTOS MOLINA, MARÍA JOSÉ: *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Editorial Dickinson, Madrid 2007.
- DÍAZ MORENO, JOSÉ MARÍA: *Matrimonio canónico y matrimonio civil: previsible regulación matrimonial en ambos ordenamientos*. Miscelánea Comillas, 1977-IV. Madrid, 1977.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS: *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS M^a: *En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo*, InDret., Revista para el análisis del Derecho, nº 2, 2007, página 8 (en www.indret.com, 2-10-2011)
- DONOSO, SILVIA, *Lesbo-parentalidad y transformación familiar*, 6ta ESA Conferencia, Murcia: Research networks 9, Sociology of Families and Intimate Lives, 200.
- EGEA FERNÁNDEZ, JOAN: *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Civitas, Madrid, 2003.

- ERES REGUEIRA, BENITO y VILLAGRASA ALCAIDE, CARLOS:*Homosexuales i Transsexuales: els altres represaliats i discriminats del franquisme, des de la memòria històrica*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2008.
- ESCUDERO ESCORZA, FERNANDO:*Matrimonio de acatólicos en España*. Editorial Eset. Vitoria 1964.
- ESTRADA ALONSO, EDUARDO: *Las uniones extramatrioniales en el derecho civil español*. Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- ESTRADA ALONSO, EDUARDO.*Manual de Derecho de Familia*, Ed. Trivium. Madrid, 2000.
- FALCÓN, MODESTO: *Código Civil Español*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1888.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, JUAN ANTONIO:*Premoriencia del marido*, en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO:*Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007
- FERNÁNDEZ-PACHECHO MARTÍNEZ, M.T.: en “*La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de “Baby M.”*”, Revista General de Legislacion y Jurisprudencia, 1988.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, MANUEL:*Registros nacionales de reproducción asistida*, en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO:*Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007
- FERNÁNDEZ DEL VALLE, J., BRAVO ARTEAGA, A., *El acogimiento familiar en España*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2003.
- FLAQUER, LLUÍS: *La estrella menguante del padre*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999.

- FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS: *Homoparentalidad y Derecho civil*, Archivo abierto institucional de la Universidad Rey Juan Carlos, Campus de Vicálvaro, 2012.

- FUENTES SORIANO, OLGA: *El enjuiciamiento de la violencia de género*; Ed. Iustel. Madrid, 2009.

- GACTO FERNÁNDEZ, ENRIQUE: *El marco jurídico de la familia castellana. Edad moderna*. Historia, instituciones y documentos, nº 11. Universidad de Sevilla, 1984.

- GARCÍA, AGURTZANE Y MARTÍNEZ, PAZ: *Adopción homoparental, un nuevo modelo de familia*. Consejo General de la Psicología de España, Infocop-online, 2005, en goo.gl/MIaGr5, a 24/03/2017.

- GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *Sobre El llamado “matrimonio homosexual”. Análisis de algunas cuestiones debatidas*, Libro-Homenaje al Prof. Manuel Amorós Guardiola, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2006.

- GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *Matrimonio civil de acatólicos*. Anuario de derecho Civil de la Universidad Complutense. Madrid, 1954.

- GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre el acogimiento familiar*, Actualidad Civil, 1992,

- GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Comentarios y concordancias al Proyecto de Código Civil de 1851*. Tomo I. Madrid, 1852.

- GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ: *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil*. Anuario de Derecho Civil, Vol. 56, 2003, en goo.gl/2WijjV, a 24/03/2017.

- GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ: *Las uniones de hecho en España. Una visión crítica*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 10, Madrid, 2007.

- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, E., *Curso de Derecho administrativo, t. II*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2008.
- FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI: *Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación*. Tribunales de Justicia, 2000-12.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, JOSÉ VICENTE: *¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?*, Revista Jurídica del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 1999, número 32.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO: *Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables*, Actualidad Civil, nº 2, 2001.
- GETE-ALONSO, M^a DEL CARMEN y SOLÉ RESINA, JUDITH: *Filiación y potestad parental*. Ed. Tirant lo Blanch, Valenci, 2014.
- GÓMEZ CALLE, ESTHER: *La ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid*, Anuario de Derecho Civil, nº 2, 20013.
- GONZÁLEZ UTOR, ANTONIO I.: *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Editorial Dikinson, Madrid 2007.
- GUZMÁN PECES, MONTSERRAT: *Exégesis de las reformas introducidas por la Ley 26/2015 en el ámbito de la adopción internacional*. Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá) 2016, 2017, no. 9.
- HERNÁNDEZ ASCÓ, MIGUEL: *Problemas latentes en el sistema matrimonial español: Discurso para la apertura del curso 1964-1965 de la Universidad de Valladolid*. Universidad de Valladolid. Valladolid, 1964.
- HERNÁNDEZ IGLESIAS, F., *La Beneficencia en España, Tomo I-II*, Establecimientos tipográficos de Manuel Minuesa de los Ríos, Madrid, 1876.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, AURORA: *Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva*

regulación legal en España? Cuadernos de Derecho Transnacional, Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, octubre de 2014.

- HERRERO BRASAS, JUAN ANTONIO: *El matrimonio gay*. Claves de razón práctica, 1997-3ª. Prisa Ediciones, Madrid, 1997.
- INIESTA DELGADO, JUAN JOSÉ: *Donantes y contratos de donación*, en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007
- IRURETAGOIENA AGUIRREZABALAGA, ÍÑIGO: *Análisis de la Ley Vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho*, Revista Vasca de la Administración Pública, nº 67, 2003.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos del Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1989.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos del Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1997.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos del Derecho Civil, IV-Familia*, Ed. Dykinson, Madrid 2005.
- LAMM, ELEONORA: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*. Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona. Barcelona, 2013.
- LAMM, ELEONORA: *Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto*, Arz. Iuris Salmanticensis, vol. 2, diciembre de 2014, págs. 43-50, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014.
- LEONSEGUI GILLOT, ROSA ADELA: *La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo*. Boletín de la Facultad de Derecho de la U.N.E.D., nº 7. Madrid, 1994.

- LLÁCER MATA CÁS, M. R., *La protección civil de los menores desamparados en el derecho catalán, El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*, PADIAL ALBÁS, A. M., (coord.), Ediciones de la Universidad de Lleida, Lleida 2012

- LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO: *La disolución del matrimonio en Derecho Canónico y sus efectos civiles*. Anales de la Universidad de Murcia. Volumen XXI. Curso 62-63.

- LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO: *La demostración de acatolicidad en los matrimonios civiles*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Número 230 de 15 de mayo de 1953.

- LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO: *El matrimonio civil de los acatólicos. Notas al Decreto de 26 de octubre de 1956*. Anales de la Universidad de Murcia. Volumen XV. Curso 56-57. Murcia, 1957.

- LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO: *El matrimonio civil y su inscripción*. Editorial Pretor. Mayo - Junio 1959.

- LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO: *Matrimonio civil y matrimonio canónico. Ordenamiento actual en España y legislación comparada*. Pretor. Año XXV. Número 98. Octubre - diciembre 1977.

- LÓPEZ AZCONA, AURORA: *La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí*. Anuario de Derecho Civil, tomo LXVI, 2013, fasc. III.

- LÓPEZ EBRI, G. A., *Intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos para la protección de las personas con discapacidad. Formularios y dictámenes*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

- LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, MIGUEL: *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, Editorial Colex. Madrid, 2001.

- LÓPEZ DE TOVAR, GREGORIO: *Quarta partida [del Sabio Rey don Alonso el Nono, nueuamente glosadas por el licenciado Gregorio Lopez...; con su Reportorio muy copioso, assi del Testo como de la Glosa]*, Andrea de Portonariis (Editor), Salamanca, 1555.

- LLEBARÍA SAMPER, SERGIO: *El patrimonio de las parejas de hecho*, Editorial Bosch, Barcelona 2005.

- LLEDÓ YAGÜE, F.: *El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*, en *II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del Siglo XX*. Ed. Trivium, Madrid 1988.

- LLEDÓ YAGÜE, F.: *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2007.

- MARRE, DIANA. *La adopción internacional y las asociaciones de familias adoptantes: un ejemplo de sociedad civil virtual global*. Grup de Estudis de Família i Parentiu, Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Vol. VIII, núm. 170 (4), 1 de agosto de 2004, en goo.gl/GF7jvM, a 24/03/2017.

- MARTÍ SÁNCHEZ, JOSÉ M^a: *Sobre la naturaleza del matrimonio y sus implicaciones jurídicas*, en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 26-2011

- MARTÍN MINGUIJÓN, ANA-ROSA: *Modelos de familia en España. Antecedentes históricos*, *Revista General del Derecho Romano*, nº 5, diciembre de 2005.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS: *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*. Edisofer Libros Jurídicos, S.L., Madrid, 2016.

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho*, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 26, 2011

- MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L., *La frustración de derecho de visitas*, Reus, Madrid, 2014.

- MASIÁ CLAVEL, S.J., JUAN: *Acogida eclesial a matrimonio del mismo sexo*, en Periodista Digital, de 30 de junio de 2016, engoo.gl/bR42Yo, a 24/03/2017.
- MATIA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER: *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo*, Revista General de Derecho Constitucional, 2012-15.
- MAYOR DEL HOYO, MARÍA VICTORIA: *Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)*. Anuario de Derecho Civil, 1998-II.
- MEDIAN COLUNGA, COVADONGA: *Las uniones de hecho en la legislación y en la jurisprudencia: especial referencia a la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables*, Revista Jurídica de Asturias, nº 26, 2002.
- MEIL LANDWERLIN, GERARDO: *Pares i fills a l'Espanya actual*, Obra Social La Caixa, en goo.gl/2Nxcv4 (a 24/03/2017), Barcelona 2006.
- MEIL LANDWERLIN, GERARDO: *La pareja en los proyectos vitales de los jóvenes*, Revista de Juventud, Madrid 2004, engoo.gl/fP1dHt, a 24/03/2017.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, JUAN: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Ed. PPU, Barcelona 1986.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, JUAN: *Consortium omnis vitae: una reflexión sobre derecho matrimonial comparado*, Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, diciembre de 2003.
- MOLINA MELIÁ, ANTONIO y OLMOS ORTEGA, M^a ELENA: *Derecho matrimonial canónico, sustantivo y procesal*; Editorial Civitas. Madrid, 1999.
- MONTERO, ELOY: *El Concordato y la legislación matrimonial*. Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Madrid, 1956.

- MORALES PAYÁN, MIGUEL-ÁNGEL, *Parejas de hecho*, Curso de Verano de la Universidad Complutense en Almería, Iltre. Colegio de Notarios de Granada, 1996.
- MORENO FLÓREZ, R. M., *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012
- NAVARRO-VALLS, RAFAEL: *La objeción de conciencia a los matrimonios del mismo sexo*, Revista General de Derecho Canónico y del Estado, 9, 2005.
- NAVARRO-VALLS, RAFAEL: *Estabilidad el matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad*, Revista General del Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado, 14-2007.
- NOACK, T.: *Cohabitation in Norway: an accepted and gradually more regulated way of living*, en International Journal of Law, Policy and the Family, 15, Oxford University, 2001
- NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El acogimiento familiar de Menores. Su regulación en el Código civil y en el Derecho civil de Galicia*, Fundación General, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Investigación de la Paternidad, acciones de filiación, acción de investigación de la paternidad, prueba biológica*, Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1994.
- O'CALLAHAN MUÑOZ, XAVIER: *Consecuencias jurídicas de la unión de hecho*, en Cuadernos de Derecho Judicial, XX, pág. 31. Madrid, 1997.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2012.
- DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS: *Curso de Derecho Procesal Civil I, parte general*; Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2016.
- OPPO, GIORGIO: *Procreazione assistida e sorte del nascituro*, Rivista di Diritto Civile, núm. 2, 2005.

- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO: *Derecho Privado Romano*, S. A. Promotora Cultural Malaguña, Málaga, 1999.
- OSTNER, ILONA: *Cohabitation in Germany-Rules, Reality and Public Discourses*, en *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15, Oxford University, 2001.
- PANERO, PATRICIA: *El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho*, Revista Internacional de Derecho Romano, Universidad de Castilla-La Mancha, 2010.
- PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO: *La autorregulación de la unión libre*, Revista del Poder Judicial, 1986, nº 4.
- PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO: *Contra la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida*, en *Jueces para la Democracia*, 5, 1988.
- PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO: *Contra la Ley de técnicas de reproducción asistida*, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989.
- PARADINAS, MARCOS: *El fin de la homofobia. Derecho a ser libres para amar*. Fundación Internacional Baltasar Garzón y Ediciones La Catarata. Madrid, 2016.
- PEDREIRA MASSA, J.L., RODRÍGUEZ PIEDRA, R. Y SEOANE LAGO, A.: *Parentalidad y homosexualidad*. En PSICOLOGIA.COM. 2005; 9, en goo.gl/M5CK6Z.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Comentarios a la reforma del Derecho de Familia-1*, Madrid, 1984.
- PERÉ RALUY, JUAN: *Derecho del Registro Civil*, Editorial Aguilar, Madrid, 1962.
- PÉREZ CÁNOVAS, NICOLÁS: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Editorial Comares, Granada, 1996.

- PÉREZ PRENDES, JOSÉ MANUEL: *Curso de Historia del Derecho Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1989.

- PÉREZ UREÑA, ANTONIO-ALBERTO: *Uniones de hecho. Estudio práctico de sus efectos civiles*. Editorial Edisofer, S.L., Madrid, 2007.

- PERIAGO MORANT, J. J., *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/200 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores, Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/200 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores*, Fundación Diagrama, Murcia, 2008.

- PICHARDO GALÁN, JOSÉ IGNACIO: *Entender la diversidad familiar: relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*. Ediciones Bellaterra, Barcelona 2009.

- PIGNONUM, MARCELLUM: *Canonica Criminalis Praxis*, Venecia, 1511, página 60.

- PONS-ESTEL TUGORES, CATALINA: *Proposición de ley de uniones estables de pareja en les Illes Balears, en VV.AA, Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, 2001.

- POUS DE LA FLOR, M.P.: *La institución familiar en las parejas del mismo sexo*, Diario La Ley, 6276, de 17 de junio de 2005.

- PUIG FERRIOL, LUIS: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. Volumen I. Editorial Tecnos. Madrid, 1984.

- PUIG FERRIOL, LLUÍS y ROCA TRIAS, ENCARNA: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Tirant lo Blanch Llibres, València, 1998.

- QUIÑONES ESCÁMEZ, ANA MARÍA: *Doble filiación de gemelos en el extranjero mediante maternidad subrogada*, InDRET, Revista para el análisis del Derecho, 2009-3. Barcelona, julio de 2009.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I., *La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*, InDret 2/2014, en goo.gl/K9nsJa, a 24/03/2017.
- RICO ÍÑIGO, MARTA: **La diversidad de modelos familiares**, Máster de Derecho de Familia, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, Unidad 1, curso académico 2009-2010.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO-LACRUZ BERDEJO, MANUEL: *Elementos de Derecho civil IV*, Madrid, 1989.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: *¿Mater sempre certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*. Anuario de Derecho Civil, 1997-1, estudios monográficos.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: *Los reconocimientos de complacencia. Con ocasión de unas sentencias recientes*. Anuario de Derecho Civil, nº LVIII-3, 2005.
- RIVES GILABERT, JOSÉ MARÍA: *Evolución histórica del sistema matrimonial español*, Noticias Jurídicas-Editorial Bosch, Barcelona, 2001.
- ROBALDO, MARCELO: *La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia. Aportes para la discusión*, Revista Punto Género Nº1, Santiago de Chile, abril de 2011. En goo.gl/K9eMwk, a 24/03/2017.
- ROCA TRIAS, ENCARNA: *Familia, familias y derecho de familia*. ADC, 1990, octubre-diciembre, en goo.gl/gVHCLs, a 24/03/2017.
- ROCA TRIAS, ENCARNA, YOTROS: *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Manual de Formación Continuada del CGPJ, núm. 28, año 2004.

- ROCA TRIAS, ENCARNA: *Libertad y Familia*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- RÓDENAS RIGLA, F., GARCÉS FERRER, J., *Los servicios sociales generales, Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, GARCÉS FERRER, J., (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 1996
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, CARLOS: *Análisis comparado y encaje de la Ley canaria de parejas de hecho*, Anales de la Facultad de Derecho, nº 22, 2005.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, M. F., MORELL PARERA, J. M., SIERRA GARCÍA, P. (coords.), *Acogimiento familiar. Manual práctico*, Universidad Nacional a Distancia, Madrid, 2014.
- RODRÍGUEZ, ROCÍO, *Sodomía e inquisición: el miedo al castigo*; Ushuaia Ediciones, Conesa (Tarragona) 2014.
- ROIGÉ, XAVIER (Coordinador): *Familias de ayer, familias de hoy. Continuidades y cambios en Cataluña*. Ed. Icària. Barcelona, 2006.
- DE LA ROSA FERNÁNDEZ, RICARDO: *El Derecho español en torno a la homosexualidad*, Salvat Editores, Barcelona, 1999.
- DE LA ROSA FERNÁNDEZ, RICARDO: *Guía per a la negociació col·lectiva sense discriminació*, Secretaría de Política Social de la Unión General de Trabajadores de Catalunya, Barcelona, 2000.
- DE LA ROSA FERNÁNDEZ, RICARDO: *Los delitos de odio y discriminación, desde la perspectiva del colectivo L.G.B.T.*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.
- SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO: *Derecho al Matrimonio y a la diversidad familiar*, Revista de Derecho Político de la U.N.E.D., Nº 86, enero-abril 2013.

- SALVADOR GUTIÉRREZ, SUSANA: *Código del Nombre*. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2003.

- SALVADOR GUTIÉRREZ, SUSANA: *Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución*. En El Derecho.com, goo.gl/uS6mu4content, a 24/03/2017.

- SÁNCHEZ CATURLA, D., *Acogimiento familiar temporal, Intervención social con menores*, BUENO BUENO, A., (coord.), Universidad de Alicante, Alicante 1996.

- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. OLGA *Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares* Revista Española de Derecho Constitucional Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000.

- SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma teológica, II, II-II, cuestión nº 153*, publicación electrónica, en goo.gl/B2M0V, a 24/03/2017.

- SATORRAS FIORETTI, ROSA MARÍA, *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado*. J.M. Bosch, Editor. Barcelona, 2004.

- SHALEV, C: *Birth Power. The case for Surrogacy*, New Haven, Londres, 1989.

- SILVA-RUIZ, P.F.: *Maternidad subrogada o de alquiler*, en Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, Tomo III, página 831, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.

- SOLÉ TURA, JORDI – AJA FERNÁNDEZ, ELISEO: *Constituciones y períodos constituyentes en España, 1808-1935*, Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid, 1985.

- SOUTO GALVÁN, BEATRIZ: *Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación por sustitución*. Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer, 2006-8, págs. 181-196. Universidad de Alicante. Alicante, 2006.

- SOUTO PAZ, JOSÉ-ANTONIO: *Derecho matrimonial*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 2002.

- SUÁREZ PERTIERRA, GUSTAVO: *Confesionalidad del Estado y sistema matrimonial español*. Revista española de Derecho Canónico. 1977. Número 94.

- TIRAPU MARTÍNEZ, DANIEL: *Perplejidades y contradicciones del pretendido matrimonio homosexual. Comentarios al proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de matrimonio*, Revista General del Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado, 8-2005.

- TORRES GARCÍA, TEODORA: *Régimen económico matrimonial y uniones de hecho*, en Matrimonio y Uniones de Hecho, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.

- VALLÉS AMORES, M^a LUISA: *La adopción: exigencias subjetivas y su problemática actual*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

- VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ: *Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*. Diario La Ley, n^o 8279, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley.

- VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ: *Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015*. Diario La Ley, n^o 8600, Sección Tribuna, 8 de septiembre de 2015, Editorial La Ley.

- DE VERDA BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN: *Estudio de la reciente ley autonómica valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho*; Revista Valenciana d'Estudis Autònòmics, n^o 34, 2001

- VERDERA SERVER, RAFAEL: *Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*, en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007

- VIDAL I BARRAQUER, FRANCESC D'ASSÍS: *Iglesia y Estado durante la Segunda República española, 1931-1936*, Archivo Vidal i Barraquer, Época 30 octubre 1931 al 12 abril 1932. Edición M. Batllori y V.M. Arbeloa. Monserrat 1975.
- VIDAL GIL, ERNESTO: *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas; un análisis de algunos casos difíciles*. Tirant lo Blanc, Valencia, 1998.
- VIDAL MARSAL, SANTIAGO: *Els set pecats capitals de la justícia*. Ara Llibres, SCCL. Barcelona, 2014
- VILLAGRASA ALCAIDE, CARLOS: *El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho*, Cedecs Derecho, Barcelona, 1996.
- VILLAGRASA ALCAIDE, CARLOS y JIMÉNEZ ARAGONÉS, ANTONIA: *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho en los derechos civiles catalán y aragonés*, Revista de Derecho de Familia, nº 14, enero de 2002.
- VILLAGRASA ALCAIDE, CARLOS: *Las parejas de hecho: una realidad con distinto tratamiento*, Centro de documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial-XXIV, Madrid, 2005.
- VILLAGRASA, CARLOS Y RICO, MARTA: *Les unions estables de parella: noves tendències legislatives a Catalunya*. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 2007.
- VIÑUALES SARASA, OLGA: *Modelos de familia del Siglo XXI*, en Memorias del Foro europeo sobre el derecho al matrimonio y la adopción, Barcelona, 2002, en goo.gl/MVB8tk, a 24/03/2017.
- VIVAS TESÓN, INMACULADA: *El matrimonio entre personas del mismo sexo en España*, Revista de la Comisión de Estudios Jurídicos del Gobierno del Estado de Puebla (México). 2008.
- VV.AA. CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS: *Estudio sobre las actitudes de la juventud ante la diversidad sexual* (noviembre-diciembre 2010), en goo.gl/6uWrfz, a 24/03/2017.

- YAGÜE GIL, PEDRO JOSÉ: *Contestaciones de Derecho Civil al Programa de Judicatura. Tomo II*, 48-9.

- ZABALO ESCUDERO, M.E., *El artículo 9.5 del Código Civil y la adopción extranjera (Modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y por la Ley 18/1996, de 18 de mayo)*, Anuario, 1999 (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación), 2000.

- ZARRALUQUI, L: *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.